

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CAMILLA OIKAWA BONASOLI

O SISTEMA DE PRECEDENTES E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE
À LUZ DO JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE
TUTELA ANTECIPADA 175 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CURITIBA

2018

CAMILLA OIKAWA BONASOLI

O SISTEMA DE PRECEDENTES E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE
À LUZ DO JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE
TUTELA ANTECIPADA 175 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Artigo apresentado ao curso de Graduação da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho

CURITIBA

2018

AGRADECIMENTOS

Minha caminhada pelo curso de Direito da Universidade Federal do Paraná não teria sido tão alegre e engrandecedora sem o suporte e a companhia daqueles que tive a sorte de encontrar.

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, meu porto seguro e fortaleza, pelo amor sem medidas e pelo apoio irrestrito que sempre dedicaram a mim. Da mesma forma, agradeço ao Rafa, meu amor e melhor amigo, conselheiro, revisor, debatedor, que me incentiva e inspira a realizar tudo com afeto, dedicação e respeito.

Em segundo lugar, agradeço aos meus amigos, que me ensinam tanto. A Bruna, Cláudia e Lucas, sou grata por me acompanharem na antiga turma com ânimo e coragem. Ao Lucas, em especial, devo o compartilhamento de refinadas noções sobre precedentes, a indicação de leituras e meu abstract.

A Fernanda, Alice e Guilherme, agradeço por estarem ao meu lado antes e, principalmente, depois do intercâmbio. Sem vocês, a nova turma estaria vazia. À Fer, por ter garra e inteligência inspiradoras, por ter me inserido no grupo das meninas e por ser apoio e companheirismo mesmo quando não há tempo. À Lice, por ser tão especial e carinhosa, e por compartilhar todos os momentos de alegrias e angústias.

À Isabelle, Nicole e Laura, um trio de meninas fortes e corajosas, sou grata por me receberam tão bem, pelo respeito e solidariedade, e por me mostrarem tantas novas formas de pensar. À Isa, agradeço a indicação das primeiras leituras em matéria de saúde, sem as quais eu não saberia por onde começar.

Ainda, não poderia deixar de agradecer minhas companheiras de estágio, Ana Paula e Raquel, pelas risadas e aprendizados, por me ensinarem a ser forte como elas, e por terem histórias únicas e admiráveis. Do mesmo modo, lembro dos meus “mestres” do estágio, a quem devo praticamente tudo o que aprendi em direito previdenciário – Desdêmona, Keity, Eduardo, Fábio e Dra. Luciane Merlin Clève Kravetz – e em processo penal – Abílio e Dr. José Soares Frisch.

Por fim, registro gratidão ao meu orientador Manoel Caetano Ferreira Filho, por quem tenho profunda admiração, especialmente por ser vanguarda na constitucionalização do Processo Civil. Foi a partir de suas aulas que brotaram as primeiras ideias que resultaram neste artigo.

“Nas sociedades de classes, o estado é um estado de classe. E os tribunais fazem parte deste estado de classe. É perigoso admitir que os tribunais possam substituir o estado democrático, constituindo-se numa espécie de estado acima das classes, decidindo sobre as políticas públicas e fazendo justiça em todas as questões da vida. Todas as formas de estado tecnocrático carregam consigo, a meu ver, o perigo de, um dia, quererem acabar com a política, isto é, acabar com as classes e com a luta de classes. O mundo já conheceu uma experiência deste tipo. E creio que não queremos regressar a ela, nem a nada parecido com ela.”

(NUNES, 2011, p. 72)

RESUMO

Partindo do reconhecimento da multifuncionalidade dos direitos fundamentais e da crescente busca pela sua efetivação no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, o presente artigo tem por objetivo analisar a aplicabilidade - ou, ao menos, a viabilidade de efetivação - do sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015 para a maior racionalidade do conjunto de decisões judiciais proferidas em matéria de saúde, as quais, no mais das vezes, concessivas de pretensões individuais, desorganizam a atividade administrativa e comprometem a alocação de recursos, interferindo na continuidade de políticas públicas preestabelecidas. Para tanto, esse estudo parte das premissas adotadas quanto à configuração constitucional do direito fundamental social à saúde, aqui considerado imediatamente aplicável e exigível, mas transindividual e não absoluto, para então analisar os principais argumentos doutrinários acerca das possibilidades e dos limites da interferência judicial em políticas públicas de saúde quando em julgamento demandas individuais. Considerados os compromissos do Estado Democrático de Direito, especialmente quanto ao tratamento igualitário entre todos e à segurança jurídica, o trabalho então investiga os principais conceitos relacionados à doutrina do *stare decisis* e ao manejo com precedentes, bem como os elementos normativos elegidos pelo Código de Processo Civil para a adoção dessa sistemática no país. Bem delimitados esses elementos, o artigo caminha para a análise do perfil decisório do Supremo Tribunal Federal no âmbito da saúde desde o ano 2000, com a finalidade de se demonstrar a ausência de uniformidade no entendimento da Corte. É nesse contexto que se compreende a incorporação da lógica de precedentes como catalisadora de maior racionalidade e previsibilidade das decisões judiciais em matéria de saúde. São estudados, na sequência, os principais aspectos do voto do Ministro Gilmar Mendes que serviu como base para o julgamento de diversos acórdãos pelo Supremo após o advento da audiência pública da saúde em 2009, dentre eles o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, considerado, ao menos em tese, um divisor de águas na parametrização decisória em demandas de saúde pelo tribunal. Por fim, a partir do reconhecimento dos caracteres da materialidade e qualitatividade dos precedentes, busca-se demonstrar como, no entanto, os julgados posteriores da Corte desconsideraram as razões de decidir do julgamento paradigmático, em total desatenção aos elementos conformadores de uma doutrina de precedentes, tornando evidente o grande desafio da apropriação cultural do *stare decisis* pelos operadores do direito brasileiros.

Palavras-chave: Tutela de direitos fundamentais. Direito à saúde. Litigância individual. Controle judicial. Precedentes. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

Based on the recognition of the multifunctionality of fundamental rights and the growing search for its effectiveness within the scope of the Brazilian Judiciary, this article aims to analyze the applicability - or at least the feasibility - of the precedent system established by the Code of Civil Procedure of 2015, in order to achieve a greater rationality of the set of judicial decisions about the right to health, since they often disorganize administrative activity and compromise the allocation of resources when they grant individual claims, interfering with the continuity of pre-established public policies. To this end, this study is based on the assumptions made regarding the constitutional configuration of the fundamental social right to health, considered here as immediately applicable and demandable, but transindividual and not absolute, followed by the analysis of the main arguments in the legal literature about the possibilities and limits of judicial interference in public health policies when judging individual demands. Considering the commitments of the Democratic State of Law, especially regarding equal treatment between all people and legal certainty, the work then investigates the main concepts related to the doctrine of *stare decisis* and the precedents management, as well as the normative elements chosen by the Code of Civil Procedure to adopting this system in the country. Having delimited these elements, the article goes on to analyze the decision-making profile of the Brazilian Supreme Court about the right to health since 2000, in order to demonstrate the absence of uniformity of the Court's understanding. Within this context, it is possible to understand the incorporation of the logic of precedents as a catalyst for better rationality and predictability of judicial decisions in health matters. After that, the main aspects of the vote of Justice Gilmar Mendes, which served as basis for several judgments of the Supreme Court after the advent of the public hearing on health in 2009, are presented. One of these decisions was considered, at least in theory, a watershed in the creation of parameters in health demands by the Court. Finally, from the recognition of the materiality and the qualitative nature of the precedents, it is tried to demonstrate how, however, the later judgments of the Court disregarded the reasoning of the paradigmatic ruling, ignoring the elements that conform a doctrine of precedents, making evident the great challenge of the cultural appropriation of *stare decisis* by the Brazilian legal operators.

Keywords: Protection of fundamental rights. Right to health. Individual litigation. Judicial control. Precedents. Brazilian Supreme Court.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 A SINDICABILIDADE JUDICIAL DA SAÚDE	8
2.1 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL JUDICIALIZÁVEL: DELINEAMENTOS CONCEITUAIS	9
2.2 PANORAMANA DOUTRINÁRIO ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS DE SAÚDE NO BRASIL	14
3 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS ELEMENTOS CONFORMADORES DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES.....	26
4 O CONTROLE JUDICIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	36
4. 1 AS PERSPECTIVAS ADOTADAS NO JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 175 E SEU REFLEXO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL	38
4.2 POSSIBILIDADES E DIFICULDADES: <i>STARE DECISIS</i> E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.	43
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

Em um contexto de escassos recursos públicos, aumento da expectativa de vida, expansão das técnicas de prevenção, tratamento e cura de doenças, bem como de multiplicação destas, e, por outro lado, de crescente judicialização da vida e do protagonismo do Poder Judiciário no contexto brasileiro, a massificação das ações judiciais envolvendo a obtenção de prestações materiais relacionadas ao direito à saúde, apesar dos esforços de sistematização já empreendidos, ainda não foi equacionada de maneira relativamente uniforme ou mesmo uniformemente aceita quanto à maioria das questões polêmicas, gerando soluções jurisprudenciais muitas vezes incompatíveis com a Constituição Federal de 1988, seja por ofender o caráter fundamental do direito à saúde ou por mitigar o princípio da separação dos poderes.

Multiplicam-se decisões judiciais extravagantes que condenam a Administração Pública ao pagamento de tratamentos irrazoáveis (seja pelo altíssimo custo ou pela falta de essencialidade), ao fornecimento de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa e ao custeamento de terapias alternativas¹. Essas decisões resultam em gastos, imprevisibilidade da atividade administrativa e desfuncionalidade da prestação jurisdicional, resultados que implicam em riscos à própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando e impedindo a alocação racional de recursos².

Nesse cenário de controvérsia jurídica, o novo Código de Processo Civil, vigente no país desde 2016, tomando como pressuposto o fato de que a interpretação do Direito não é simplesmente declaratória da norma legal preexistente, mas reconstrutiva de sentidos possíveis que podem ser redirecionados aos textos jurídicos, trouxe como um de seus pilares o reconhecimento de que as razões que são extraídas de determinadas decisões judiciais devem ser tidas como precedentes obrigatórios, porque incrementam a ordem jurídica, oferecendo

¹ Segundo notícia veiculada no jornal Folha de São Paulo, “cerca de 50 mil pessoas por ano recorrem à Justiça para obter remédios de última geração”. COLLUCCI, Cláudia; MACHADO, Uirá. **Ações por remédios caros favorecem ricos, diz estudo**. Folha de São Paulo, 24/07/2010. Só em 2009, as demandas judiciais contra o Ministério da Saúde corresponderam a um gasto de R\$ 83,16 milhões, sendo que 78,4% deste valor foi destinados à compra de 35 drogas importadas. **GASTO é maior em 2009 que nos 6 anos anteriores**. Folha de São Paulo, 24/07/2010. Em 2015, os gastos da União com processos judiciais referentes à saúde foi de R\$ 1 bilhão, sendo que o fornecimento de medicamentos corresponde a 80% das ações. BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>>. Acesso em: 03/09/2018.

² BARROSO, Luís Roberto. Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 876.

dados novos de concentração do significado normativo³. E, mais especificamente, ao Supremo Tribunal Federal, atribuiu-se a função precípua de interpretação do direito constitucional, por meio da outorga do adequado sentido ao texto, para orientar a interpretação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da sociedade civil⁴.

Dessa forma, é objetivo deste trabalho analisar como a melhor compreensão e efetiva aplicação de um sistema de precedentes pelos operadores do direito brasileiro poderia contribuir para a efetivação do direito fundamental à saúde, através da busca pela proposição de critérios mais ou menos estáveis que pudessem garantir a construção de um processo decisório constitucionalmente adequado, mas também condizente com uma legítima ideia de justiça.

Nesse sentido, na primeira parte do trabalho, pretende-se um estudo do direito à saúde sob a ótica da eficácia jurídica dos direitos fundamentais, refletida, dentre outros aspectos, no atendimento de demandas individuais de saúde pelo Judiciário, o que implica, frequentemente, no comprometimento do planejamento e orçamento formulados pela Administração Pública, e, conseqüentemente, da promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde. Na sequência, serão abordados os principais conceitos relativos à operacionalização de precedentes e o tratamento dado à matéria pelo novo Código de Processo Civil, para que, por fim, a partir da análise dos parâmetros decisórios delineados por ocasião do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 e os seus reflexos em decisões posteriores do STF, possa-se examinar os desafios e possibilidades da aplicação de uma doutrina de precedentes quanto à matéria no Brasil.

2 A SINDICABILIDADE JUDICIAL DA SAÚDE

Sem a pretensão de aprofundar a temática em toda a sua extensão, tanto em virtude das limitações espaciais de um artigo, quanto em face da evidente complexidade da matéria, esta primeira parte do trabalho tem como objetivo, inicialmente, estabelecer as premissas teóricas que serão assumidas em relação aos direitos sociais, notadamente quanto ao direito à saúde, sua estrutura e eficácia, tendo em vista que estas importam na forma em que a sua proteção judicial é realizada.

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil volume 1**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 153.

⁴ Ibidem, p. 154.

Parece haver consenso (acadêmico e social) sobre o fato de que a saúde constitui um bem essencial da e para a pessoa humana, tanto é que tem sido objeto de tutela tanto como direito humano, quanto como direito fundamental, seja no âmbito internacional, seja por parte do direito interno dos Estados⁵. De outro lado, nos últimos anos, a escalada do Poder Judiciário no imaginário social deu lugar a uma crescente judicialização da vida, que emblematicamente acabou por envolver questões relativas ao direito à saúde. Dessa forma, os limites e possibilidades da intervenção judicial em matéria de saúde serão brevemente tratados na segunda parte do capítulo.

Nesse contexto, analisar-se-á a condição de “direito e dever fundamental”⁶ de que se reveste o direito social à saúde na Constituição Federal de 1988 e as consequências jurídicas que dessa consideração decorrem, especialmente em relação à sua aplicação direta e sindicabilidade judicial.

2.1 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL JUDICIALIZÁVEL: DELINEAMENTOS CONCEITUAIS

Como salientado, será a Constituição Federal de 1988 o referencial de análise do presente estudo, assim como os compromissos, ou eventuais descompromissos, expressa ou implicitamente firmados pelo constituinte em relação à determinada ordem de valores, tendo em vista que, “de acordo com concepção amplamente consagrada, os direitos fundamentais (e os sociais não fogem à regra) expressam uma ordem de valores objetivada na e pela Constituição”⁷, integrando um próprio sistema axiológico que serve como fundamento material de todo o ordenamento jurídico⁸.

A Constituição brasileira de 1988 não escapou aos influxos das modernas Constituições Democráticas, consagrando em seu texto direitos fundamentais, dentre eles o

⁵ O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil, em seu artigo 12º, reconhece “o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”. Assim, o direito a saúde deve ser compreendido como um direito ao desfrute de uma gama de facilidades, bens, serviços e condições necessárias para alcançar o melhor estado de saúde possível de atingir, cf. UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM, Provedoria dos Direitos Humanos e Justiça. **Comentário Geral nº 14**. In: Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos. 1. ed. Timor-Leste, 2009. p. 151.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, set/out/nov, 2007. item 2, paginação irregular.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 15.

⁸ SCHNEIDER, 1979 apud SARLET, 2015. p. 61.

direito à saúde⁹, sobre os quais incide um regime jurídico determinado, que confere a esses direitos uma disciplina jurídica peculiar, a chamada jusfundamentalidade¹⁰.

Apesar de comungarem da mesma característica de supralegalidade dos demais direitos previstos na Constituição Federal, segundo a qual todos esses direitos, por estarem previstos em normas constitucionais situadas no ápice do ordenamento jurídico nacional, não estão sujeitos a modificações simples pelo legislador ordinário, de outro lado, dois caracteres peculiarizam referido regime jurídico, por não se aplicarem aos demais direitos constitucionalmente estabelecidos: a aplicabilidade imediata, prevista de forma inédita pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, §1º¹¹, e a proteção contra emendas abolitivas, inserida no artigo 60, §4º, IV, da CF¹³. E em virtude de uma interpretação sistemática da Constituição, esse regime jurídico não poderia deixar de ser aplicado aos direitos sociais¹⁵.

Em resumo, nas palavras de Daniel Wunder Hachem,

Cuida-se, pois, de um regime que, de um lado, assegura a proteção contra investidas de maiorias parlamentares que pretendam vergastar o conteúdo dos direitos

⁹ De forma inédita na história constitucional brasileira, a saúde foi reconhecida expressamente como direito fundamental no art. 6º e nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal de 1988, e regulamentada de forma abrangente na esfera infraconstitucional, notadamente pelas leis que tratam da organização do SUS e do fornecimento de medicamentos. Para uma análise sistematizada e mais detalhada acerca do conjunto normativo pátrio acerca da saúde, ver SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 67, p. 125-172, jul.-set, 2008.

¹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014, p. 68. Essa fundamentalidade dos direitos aqui tratados se desdobra em duas facetas, a formal e a material. A primeira, ligada ao direito constitucional positivo, desdobra-se em três elementos: a) como parte da Constituição escrita, os direitos fundamentais estão no ápice do ordenamento jurídico; b) encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação das normas constitucionais) e materiais (as denominadas “cláusulas pétreas”) da reforma constitucional; e c) nos termos do art. 5º, §1º, da CF, são diretamente aplicáveis, vinculando diretamente as entidades estatais e os particulares. Já a fundamentalidade material diz respeito à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade. SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, set/out/nov, 2007. item 2.1, paginação irregular. Para Daniel Wunder Hachem, há ainda um quarto elemento da fundamentalidade formal, segundo o qual essas normas representam parâmetros materiais para as escolhas, ações e controles dos órgãos dos poderes constituídos. HACHEM, Daniel Wunder, op. cit. p. 68.

¹¹ Art. 5º, §1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹² Esse comando, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, apresenta, na verdade, um caráter de norma-princípio, constituindo-se como uma espécie de mandado de otimização, impondo aos entes estatais a tarefa de atribuírem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível. SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit. item 3.2.1, parágrafo terceiro, paginação irregular.

¹³ Art. 60, §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

¹⁴ HACHEM, Daniel Wunder, op. cit. p. 68.

¹⁵ Cumpre ressaltar que referido posicionamento não é unânime, de forma que variados são os entendimentos relativos à aplicação do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais aos direitos sociais, cuja análise é feita de forma aprofundada por Daniel Wunder Hachem em sua tese de doutoramento.

fundamentais, eliminando-os da Constituição, e de outro, impulsiona a promoção efetiva desses direitos quando a inércia – intencional ou não – do Poder Público inviabilizar o seu exercício por omissão na sua regulamentação normativa ou na sua implementação material.¹⁶

De outro lado, como destaca Hachem, ao tratar do tema da efetividade dos direitos fundamentais, a teoria brasileira do Direito Administrativo, e me arrisco em ampliar essa percepção para os demais ramos do direito, ainda se apoia em um viés “liberal-individualista-subjetivista”¹⁷, resultado da estratégia pós-Constituição de 1988 voltada ao abandono da concepção que negava força jurídico-normativa às disposições constitucionais¹⁸, destacando sobremaneira a natureza subjetiva dos direitos fundamentais e “relegando ao esquecimento a eficácia jurídica de seu caráter objetivo”¹⁹.

Como ensina o autor, os direitos fundamentais devem ser analisados e aplicados sob a síntese de suas duas características, a subjetiva (a qual “investe o seu titular na prerrogativa de exigir do destinatário da pretensão o cumprimento de uma determinada prestação positiva ou negativa”²⁰) e a objetiva (que faz com que, em decorrência dos próprios interesses e bens jurídicos tutelados por esses direitos, os deveres estatais de protegi-los transbordem a relação subjetiva entre cidadão e Poder Público, “assumindo a feição de princípios objetivos destinados a impulsionar a atuação de ofício do Estado e projetar o seu conteúdo axiológico por todo o ordenamento jurídico”²¹). O seu estudo pelo viés eminentemente liberal-subjetivo acaba por enfocar-los unicamente de forma defensiva contra as ações estatais invasivas, tornando-se “imprescindível observar a tarefa de implementar os direitos fundamentais também sob a ótica do interesse público, levando em conta a natureza objetiva de tais direitos, a qual revela sua faceta transindividual”^{22,23}.

¹⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014, p. 69.

¹⁷ Ibidem, p. 4.

¹⁸ Ibidem, p. 160.

¹⁹ Ibidem, p. 4.

²⁰ Ibidem, p. 161.

²¹ Ibidem, p. 162-163.

²² Ibidem, p. 5. Para uma análise mais aprofundada sobre o caráter individual e transindividual dos direitos fundamentais, ver SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. **Revista de Processo**, vol. 199/2011, p. 13-40, set/2011, p. 4-5.

²³ O viés objetivo especificamente do direito fundamental à saúde é refletido, conforme a doutrina de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, no próprio Sistema Único de Saúde, que passa a ser compreendido como garantia institucional fundamental: goza, portanto, da proteção estabelecida às demais normas jusfundamentais e conforma, por seus princípios e diretrizes, a efetivação do direito. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 67, p. 125-172, jul-set, 2008, p. 131.

Como destaca o professor em observação de grande valia para o direito à saúde, a redução dos direitos fundamentais à condição de direitos subjetivos individuais

poderá levar a atentados contra o princípio da igualdade, quando for concedida apenas para um jurisdicionado medida que deveria ser estendida a todos os titulares da mesma pretensão jusfundamental. Ou implicar óbices à sua efetivação integral, por se tratar de um modo de pensar que ignora a existência de pretensões jurídicas derivadas da dimensão objetiva, titularizadas por grupos e coletividades, que poderiam ser pleiteadas pelo sistema de processos coletivos.²⁴

Em verdade, como defende Daniel Hachem, os direitos sociais, bem como os demais direitos fundamentais, devem ser interpretados como “feixes de posições jusfundamentais”, dotados da multifuncionalidade elaborada por Robert Alexy, que investe os seus titulares em diversas posições jurídicas com base nas quais se poderá reclamar diferentes obrigações do Poder Público, em especial de respeito (não intervenção), de proteção (impedir a ofensa por parte de terceiros) e de prestação (promover o acesso ao bem jurídico protegido pelo direito)²⁵.

Outrossim, os direitos fundamentais não podem ser encarados como absolutos, tanto por conta de sua natureza principiológica, porque podem colidir com outros bens jurídicos protegidos por outras normas de direitos fundamentais que no caso concreto venham a desfrutar de uma importância maior²⁶, quanto “pelo fato de sua exigibilidade estar sujeita a reservas fáticas e jurídicas, a depender da função da pretensão jusfundamental que estiver sendo analisada”²⁷, especialmente no que diz respeito à sua dimensão prestacional.

Daniel Hachem se utiliza da classificação de Jorge Reis Novais para esclarecer que as restrições oponíveis aos direitos fundamentais dizem respeito i) à reserva imanente de ponderação (especialmente no que diz com o dever estatal de respeito), ii) à reserva do

²⁴ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 34.

²⁵ HACHEM, Daniel Wunder, loc. cit. De outra forma, Ingo Wolfgang Sarlet explica, tomando como base os direitos sociais, que estes abrangem tanto direitos prestacionais como também defensivos, partindo-se do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito. Tanto os direitos negativos apresentam uma dimensão “positiva”, prestacional, reclamando uma atuação do Estado e da sociedade, como os direitos positivos baseiam também posições subjetivas “negativas”, protegidas contra intervenções indevidas por parte de órgãos estatais ou mesmo por particulares. SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?** Belo Horizonte, p. 163-206, 2008.

²⁶ HACHEM, Daniel Wunder, op. cit. p. 22.

²⁷ Ibidem, p. 37.

politicamente adequado ou oportuno (ao se tratar do dever estatal de proteção) e iii) à reserva do financeiramente possível (quanto ao dever estatal de promoção)²⁸.

Sucintamente, a primeira restrição diz respeito ao caráter principiológico que em geral as normas de direitos fundamentais assumem, sendo que sua aplicação no caso concreto se encontra sujeita à ponderação: ocorrendo colisão de direitos fundamentais, em relação à situação fático-jurídica considerada, um deles poderá ter sua exigibilidade restringida²⁹.

Nesse aspecto, destaca-se que, quanto à atividade estatal normativa, processos de ponderação também se farão presentes no momento da elaboração de leis em sentido formal (atividade legislativa) e na própria atividade normativa da Administração Pública, ocasião em que os diversos interesses jusfundamentais serão sopesados entre si e com os demais deveres estatais para a definição das estratégias normativas e materiais de concretização dos preceitos constitucionais³⁰.

A reserva do politicamente adequado ou oportuno, por sua vez, significa que, diante dos diversos mecanismos e estratégias de proteção e promoção de um direito, caberá aos órgãos competentes definir, numa apreciação política, quais deles serão adotados pelo Poder Público, de modo que, em princípio, apenas serão exigíveis as prestações reconhecidas por ele como integrantes do conteúdo substantivo do direito³¹.

Finalmente, a reserva do financeiramente possível justifica a restrição de um direito fundamental quando, considerando-se que o dinheiro público não é ilimitado, são feitas escolhas alocativas de forma a distribuir os recursos entre as diversas finalidades constitucional e legalmente previstas, sendo que uma prestação pleiteada pelo indivíduo deverá necessariamente ser entregue pelo Estado quando uma decisão política anterior o tiver determinado³².

Ainda, especialmente no contexto de análise da saúde como um direito fundamental social, ressalta-se uma das funções dos direitos fundamentais destacada por Clèmerson Merlin

²⁸ NOVAIS, 2010 apud HACHEM, 2014, p. 38. Para Ingo Wolfgang Sarlet, a dimensão prestacional dos direitos fundamentais poderá ser relativizada pela disponibilidade efetiva de recursos, isto é, pela real existência de meios para cumprir com a obrigação (possibilidade material de disposição), bem como pela possibilidade jurídica de disposição, ou seja, pela capacidade jurídica de dispor do ente estatal, sem deixar de levar em conta o problema da proporcionalidade da prestação, aspectos da designada “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?** Belo Horizonte, p. 163-206, 2008.

²⁹ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 38.

³⁰ HACHEM, Daniel Wunder, loc. cit.

³¹ Ibidem, p. 39.

³² HACHEM, Daniel Wunder, loc. cit.

Clève, qual seja a de *não discriminação*, que exige que “os serviços sejam colocados à disposição de todos os brasileiros (ideia de universalidade), implicando para o particular o poder de reivindicar [...] idêntico tratamento”³³.

Como se pretendeu demonstrar nesta primeira seção, o direito constitucionalmente contemplado à saúde, por todas as suas características, apesar de imediatamente aplicável e exigível, é transindividual, não absoluto e não está hermeticamente delineado em seu conteúdo, pairando a maior parte dos debates interpretativos a seu respeito sobre quais prestações de fato estariam incluídas na garantia e promoção constitucional da saúde. Nesse sentido, o Poder Judiciário brasileiro tem sido cada vez mais provocado a ponderar a solução mais adequada para os conflitos concretos sobre esse direito, alargando, muitas das vezes, as hipóteses de sua intervenção direta e de seu controle sobre políticas públicas (ou sobre a falta delas), como se demonstrará no próximo item.

2.2 PANORAMANA DOUTRINÁRIO ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS DE SAÚDE NO BRASIL

Após o advento da Constituição de 1988, a baixa efetividade dos direitos fundamentais sociais no país suscitou, como reação da doutrina e da jurisprudência, um enfoque excessivo do debate em torno do Poder Judiciário. Como explica Daniel Wunder Hachem, a judicialização, especialmente pela via individual, tornou-se a solução para a realização dos direitos fundamentada, amparada notadamente no artigo 5º, §1º, da CF, que prevê a aplicabilidade imediata das normas de direitos e garantias fundamentais, assim como no artigo 5º, XXXV, também da Constituição³⁴, que estabelece a inafastabilidade do Poder Judiciário para apreciar lesão ou ameaça a direito³⁵.

O grande dilema que se estabeleceu a partir de então foi o de que a atuação jurisdicional, embora muitas vezes a única alternativa de fato efetiva, acaba por “privilegiar de forma desigual parcela dos cidadãos, sobretudo aqueles que ostentam maiores níveis de informação e renda para lograr acesso ao Poder Judiciário”³⁶, sem resolver o problema da grande maioria das classes marginalizadas da população. Violenta-se, com isso “a integridade

³³ CLÈVE, 2011 apud HACHEM, 2014. p. 15.

³⁴ Art. 5º, XXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

³⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 2.

³⁶ HACHEM, Daniel Wunder, loc. cit.

constitucional do princípio da igualdade, subvertendo a principal razão que justifica a proteção dos direitos sociais pelas Constituições: a redução das desigualdades sociais”³⁷.

Como destaca Daniel Hachem, os excessos do ativismo judicial³⁸ que se verificaram desde então decorrem da lógica tratada no primeiro subitem, de acordo com a qual “a proteção judicial de determinada pretensão jurídica requer a sua categorização no conceito de direito subjetivo sob um prisma individual”³⁹. De um lado há a exaustiva busca pela efetividade das disposições constitucionais que veiculam os direitos fundamentais sociais e, de outro, uma vinculação a um paradigma de tutela de direitos liberal-subjetivista-individualista. Enfatiza o autor, retomando o caráter bidimensional dos direitos fundamentais, que

Assimilou-se a explicação – realmente acertada – a respeito do caráter subjetivo dos direitos fundamentais, mas sem a incorporação concomitante do significado e dos efeitos jurídicos da feição objetiva de tais direitos. E com isso, passou-se a admitir a subjetivização individual de pretensões jusfundamentais de natureza transindividual – as quais, embora produzam efeitos jurídicos relevantes, nem sempre autorizam a postulação fracionada da prestação estatal, por conta de seu caráter indivisível.⁴⁰

Adverte-se que, dada a sua complexidade, na verdade, um único direito fundamental pode congrega inúmeras posições jurídicas, algumas delas individualizáveis e outras de caráter coletivo, sendo que geralmente “são concedidas individualmente na esfera judicial prestações administrativas que reclamam, em realidade, medidas estatais coletivas que atendam universalmente a uma multiplicidade de cidadãos interessados no mesmo bem jurídico”⁴¹.

Como nos ensina o autor, o fato de a Constituição prever direitos fundamentais, por um lado, não faz automaticamente com que todas as pretensões jurídicas a eles relacionadas sejam demandáveis judicialmente da forma como o titular pretende, mas, por outro, não serve apenas de recado ao legislador e ao administrador público, visto que esses direitos são dotados

³⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 2.

³⁸ Luís Roberto Barroso ensina que a judicialização e o ativismo judicial não se confundem. O primeiro conceito diz respeito a um fato, à circunstância de que algumas questões de repercussão política ou social são decididas pelos órgãos do Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais, o que, no contexto brasileiro, decorre do modelo constitucional que se adotou. Já o segundo diz respeito a uma atitude, um exercício de escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu alcance. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**. Madrid, nº 13, p. 17-32, 2009. p. 21-22.

³⁹ HACHEM, Daniel Wunder, op. cit. p. 24-25.

⁴⁰ Ibidem, p. 160.

⁴¹ Ibidem, p. 24-25.

de eficácia jurídica vinculante aos Poderes Públicos⁴². Nas suas palavras, tomando como exemplo o direito à saúde,

Impõe-se verificar, previamente, a qual pretensão jurídica derivada de tal direito se está fazendo referência. Poderá se tratar de uma posição jusfundamental associada à dimensão subjetiva do direito à saúde, já delineada normativamente na Constituição ou na legislação, plenamente passível de reivindicação jurisdicional individual. Contudo, poderá ser o caso de uma pretensão de direito fundamental relativa à sua perspectiva objetiva, que em caso de descumprimento por proteção insuficiente do Estado ensejaria uma demanda coletiva, requerendo a imposição judicial de uma obrigação de atuar. Poderá, ainda, dizer respeito a uma pretensão não amparada explícita ou implicitamente pela Constituição, ainda que relacionada com a saúde do cidadão, e que por uma opção política legislativa ou administrativa o Poder Público tenha deliberado por não atender [...].⁴³

Hachem assevera que, a partir da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, deve-se reconhecer que dentre as diversas funções por eles exercidas, algumas delas apresentam um radical subjetivo que autoriza o titular do direito a pleitear individualmente certas condutas estatais, o que ocorre em geral com a função de defesa e, por vezes com a função de prestação fática, desde que, neste caso, estejam previstos na norma os elementos que compõem a relação jurídica. De forma diversa, outras dessas funções possuem conteúdo jurídico-objetivo transindividual, que podem, por vezes, viabilizar uma sindicabilidade judicial individual, ou, então, dirigem deveres ao Estado que, se descumpridos, levam à judicialização pela via processual coletiva, hipóteses verificáveis, no mais das vezes, quando se trata da função de prestação normativa dos direitos fundamentais⁴⁴.

De outro lado, defender uma postura passiva do Poder Judiciário no tocante aos direitos fundamentais sociais, absolutamente subserviente às decisões do Poder Legislativo e do Executivo, põe em risco a normatividade da Constituição, retirando-lhe a sua força jurídica e ensejando a inércia antijurídica das autoridades e entidades públicas⁴⁵. Nesse sentido, em

⁴² HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 36-37.

⁴³ Ibidem, p. 40.

⁴⁴ Ibidem, p. 176-177. Nada obstante, convém destacar o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo, que defendem que o fato de todos os direitos fundamentais possuírem uma dimensão transindividual não lhes retira a condição primária de serem direitos fundamentais de cada pessoa, levando em conta especialmente que a própria dignidade é sempre da pessoa concretamente considerada. Dessa forma, compreendem que não se pode afastar a possibilidade da tutela individual, posicionamento que no presente trabalho é adotada, reconhecendo existirem problemas em que o enfrentamento judicial mais adequado se daria pelo viés coletivo. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 39.

⁴⁵ HACHEM, Daniel Wunder, op. cit. p. 43-44.

diversas ocasiões, o controle judicial das omissões legislativas e administrativas se torna a única alternativa, senão a mais eficaz, para promover a operacionalidade dos comandos constitucionais.

Diante desse contexto, que passou da “falta de efetividade à judicialização excessiva”⁴⁶, parcela da doutrina, em meados da primeira década de 2000, passou a sustentar a restrição do campo de legitimidade do Poder Judiciário aos casos em que o direito fundamental social postulado era necessário à garantia do mínimo existencial ao jurisdicionado, sendo que a concretização maximizada desses direitos caberia aos Poderes Legislativo e Executivo, através da prestação de serviços públicos e por meio da implementação de políticas públicas.

Essa posição não estava mais calcada no fundamento da falta de normatividade da Constituição, mas sim “na ideia de que a efetivação dos direitos fundamentais não pode se circunscrever àqueles que têm acesso ao Judiciário”⁴⁷. O Direito Constitucional da Efetividade cedeu espaço ao Direito Constitucional Igualitário. Nesse cenário é que foram recepcionados os novos instrumentos veiculados pela “Reforma do Judiciário”, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, tais como a repercussão geral no recurso extraordinário e a súmula vinculante, com um dos propósitos primordiais de “conferir uniformidade de tratamento aos jurisdicionados no momento de aplicação da Constituição, privilegiando com isso a isonomia”⁴⁸.

Ingo Wolfgang Sarlet defende que ainda que existam limites fáticos (reserva do possível⁴⁹) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) que afetam o âmbito de eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, sempre que estiverem em causa prestações de caráter emergencial, cujo indeferimento levaria ao comprometimento irreversível de outros bens essenciais (como, no caso da saúde, da própria vida, da integridade física e da dignidade da pessoa humana), haverá de ser reconhecido um direito subjetivo do

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto Barroso. Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁴⁷ HACHEM, Daniel Wunder, **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 52-53.

⁴⁸ Ibidem, p. 53.

⁴⁹ No trabalho desenvolvido com Mariana Filchtner Figueiredo, Ingo Wolfgang Sarlet destaca o caráter tríplice da reserva do possível: i) existência de recursos para a efetivação do direito fundamental; ii) disponibilidade jurídica para alocar tais recursos – existência, dentre outros, de previsão orçamentária; e iii) razoabilidade daquilo que se está pedindo. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 30.

particular à prestação pretendida em Juízo. Esse reconhecimento, no entanto, não poderá abranger toda e qualquer prestação imaginável, mas, quando não houver previsão legal, apenas aquelas elementares e básicas⁵⁰. O autor estende esse mesmo entendimento à garantia do mínimo existencial, cujo conteúdo compreende, resumidamente, o conjunto de prestações materiais imprescindíveis para assegurar às pessoas uma vida digna, no sentido de uma vida saudável⁵¹.

Nestes casos, para o autor, a proporcionalidade deve incidir em sua dupla dimensão, como proibição do excesso e da insuficiência, inclusive como parâmetro de atuação da administração pública, que também está vinculada a um dever de proteção e de efetivação dos direitos fundamentais. Isso significa que, especialmente nos casos de direito fundamentais sociais prestacionais, onde haja insuficiência de proteção e promoção (em decorrência de omissão do legislador ou do administrador), o Poder Judiciário deve observar os critérios parciais da adequação (entre o meio utilizado e a finalidade almejada), da necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (uma análise da relação custo-benefício), tomando-se como patamar mínimo o núcleo essencial dos direitos em conflito⁵².

Quanto ao debatido conceito da reserva do possível, sobre o qual não se pretende aprofundar a argumentação neste trabalho, cumpre ressaltar a ressalva feita por Sarlet e Figueiredo, segundo a qual as limitações vinculadas a ele devem ser levadas a sério, o que significa, ao menos em parte, que cabe ao poder público, especialmente em face do disposto no artigo 5º, §1º, da CF, comprovar a falta efetiva de recursos indispensáveis à satisfação dos direitos fundamentais, bem como a sua eficiente aplicação⁵³. Nesse sentido, os autores

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, set/out/nov, 2007. item 3.2.3, paginação irregular, parágrafo sexto.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 25 e 36. No mesmo sentido é o entendimento de BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 809; e de SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 82.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?** Belo Horizonte, p. 163-206, 2008.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, op. cit. p. 32. De outro lado, a reserva do possível não pode continuar a ser “maltratada pela jurisprudência brasileira”, que, por vezes, compreende-a como mero subterfúgio utilizado pela Administração Pública para o incumprimento de ordens judiciais, cf.

destacam que as opções contidas nos preceitos constitucionais conformam a liberdade do legislador e a discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais, não podendo ser a reserva do possível encarada apenas como um limite posto pelo orçamento⁵⁴, tomando como premissa a consideração de que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o princípio da separação dos poderes são absolutos⁵⁵.

Em sentido contrário, para José Reinaldo Lima Lopes, defender que uma prestação de saúde não pode ceder diante da reserva do possível é raciocínio que obriga o Estado a dar a cada um condições de vida e de saúde de maneira isolada, o que, em sua opinião, é insustentável. Segundo o autor, “o Estado [...] está obrigado a tratar de maneira igual a todos os cidadãos. Assim, não tem o dever de dar a um o que não pode dar a todos”. Conforme leciona, os direitos fundamentais são devidos a todos e devidos simultaneamente e os tribunais devem levar esse problema em conta, uma vez que se trata de matéria que determina os fatos do julgamento⁵⁶.

De acordo com Lima Lopes, se o Poder Judiciário concedesse prestação a um em particular, estaria violando o direito de todos os demais, porque atenderia com recursos públicos as demandas apenas daqueles que conseguiram chegar a ele. Dessa forma, ao não aplicar a regra⁵⁷, não estaria tratando a todos igualmente, “mas apostando (de forma lotérica,

SCAFF, Fernando Facury. Direito à Saúde e os Tribunais. In: NUNES, Antônio José Avelãs; _____. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 97.

⁵⁴ Até porque, como ressalta José Reinaldo de Lima Lopes, orçamentos não são coisas da natureza, mas sim frutos de decisões políticas, estando, portanto, sujeitos a regras de elaboração e, consequentemente, podendo ser judicialmente impugnados. LOPES, Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 160.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 34 e 41.

⁵⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima, op. cit. p. 171-172. No mesmo sentido SARMENTO, Daniel. “A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos-Jurídicos”; e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Para Sarmento, inclusive, a reserva do possível fática deve ser entendida como a “razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes”. p. 572.

⁵⁷ O autor defende que atuam como limites à intervenção judicial: os jurídicos (de acordo com as regras constitucionais, não é o Poder Judiciário que detém a competência para determinar a mudança de um orçamento já aprovado nem para criar despesas, a não ser que se prove haver espaço para remanejamento e contingenciamento previstos na própria lei orçamentária), os econômicos (que dizem respeito à escassez, sendo legítimo reger o uso ou acesso aos bens de forma a não excluir ninguém, a não ser temporariamente) e aqueles advindos da doutrina da questão política (que impossibilitam decisões judiciais em matérias de natureza política, isto é, submetidas a uma decisão de conveniência e de hierarquização de prioridade com base em critérios não exclusivamente legais-normativos). LOPES, José Reinaldo de Lima, op. cit. p. 160-165.

portanto) que alguns não chegariam à justiça e que esses não lhe importam, que esses não devem ser levados em consideração”⁵⁸. Nesse sentido, para Octávio Ferraz, uma melhor compreensão acerca do conceito de integralidade em saúde prevista pela Constituição Federal contribuiria para a efetivação dos princípios da universalidade e igualdade encapados pelas políticas de saúde, porque não significa atender poucos com recursos públicos, mas compartilhar a todos os mesmos serviços⁵⁹.

Como assevera o professor português António José Avelãs Nunes, não está na competência dos tribunais decidir sobre a disponibilidade de recursos envolvidos na execução de prestações de saúde, já que, ao fim e ao cabo, “sempre haverá recursos, se se alterarem os orçamentos, i. é, *se se modificarem as prioridades políticas refletidas nos orçamentos*”. Mas essa decisão não cabe ao Judiciário, “porque não é aceitável que as *opções políticas do Legislativo* possam ser substituídas pelas *opções políticas de cada Juiz*”⁶⁰.

Segundo o autor, a atuação dos tribunais, ao invés de conferir maior eficiência e equidade às políticas públicas de saúde, desorganizam os serviços públicos existentes e acentuam as desigualdades no acesso a eles⁶¹, sem contar na desigualdade do acesso à justiça⁶² e nas fraudes verificadas no âmbito da judicialização da saúde, que envolvem pacientes, médicos, laboratórios e advogados em ações articuladas para a obtenção de benefícios indevidos, a exemplo da repetição sistemática de prescrições pelos mesmos profissionais de

⁵⁸ LOPES, Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 172.

⁵⁹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **De quem é o SUS?** Folha de São Paulo, 20/12/2007.

⁶⁰ NUNES, António José Avelãs. O poder judiciário, a constituição e os direitos fundamentais. In: Congresso Nacional dos Procuradores de Estado. XXXVIII. 2012, Foz do Iguaçu. **Revista Eletrônica do IBPI**, nº 7, p. 7-60, [201?]. p. 48-49. Até porque, as opções políticas realizadas pelo Legislador são, na verdade, ponderações em abstrato entre princípios constitucionais e direitos fundamentais, os quais devem ser seguidos nos casos de colisão, a menos que os órgãos do Poder Judiciário consigam racionalmente demonstrar que a norma em que se consubstanciou a ponderação é incompatível com a Constituição, cf. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 880.

⁶¹ NUNES, António José Avelãs, op. cit. p. 56. Em termos relativos, conforme dados extraídos da pesquisa de Florian Hoffmann e Fernando Bentes, que, apesar de antigos, são exemplificativos, em 2004, o Estado de São Paulo dispôs de R\$ 48 milhões em medicamentos ganhos em decisões judiciais de um total de R\$ 480 milhões correspondente ao orçamento para a saúde, aproximadamente 10%, portanto. HOFFMAN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 416.

⁶² A qual, segundo estudo baseado em levantamentos de litígios envolvendo os direito à saúde e à educação em cinco Estados brasileiros, tem forte relação entre renda e níveis de educação. Ibidem, p. 384. Segundo análise de Octavio Luiz Motta Ferraz, os 5 Estados brasileiros com melhor Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) concentram quase 75% das ações de saúde em nível federal, embora representem cerca de 45% da população do país. COLLUCCI, Cláudia; MACHADO, Uirá. **Ações por remédios caros favorecem ricos, diz estudo**. Folha de São Paulo, 24/07/2010.

saúde⁶³. Trata-se, nas palavras de Luís Roberto Barroso, “de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar a não realização prática da Constituição Federal”⁶⁴.

A leitura de Lima Lopes e de Avelãs Nunes vai de encontro com as ideias exploradas por Barroso quanto a capacidades institucionais e efeitos sistêmicos. A primeira se relaciona com a definição de qual Poder está mais habilitado a proferir a melhor decisão na matéria. Em princípio, os órgãos do Poder Judiciário conservam a competência para o pronunciamento definitivo, sendo que, nas situações acima relatadas, em regra, devem prestigiar as manifestações do Legislativo e/ou do Executivo, formadas por juízos discricionários dotados de razoabilidade. No mesmo sentido está o perigo de efeitos sistêmicos “imprevisíveis e indesejados”, tendo em vista que o juiz, por “vocação e treinamento”, está disposto a realizar a justiça no caso concreto, a microjustiça, nem sempre amparado pelas informações e pelo conhecimento para avaliar o impacto de suas decisões em processos individuais sobre um segmento econômico ou mesmo sobre a prestação de um serviço público⁶⁵. Portanto, além de serem as questões de saúde afetas a decisões políticas para as quais não são os tribunais juridicamente competentes, falta a estes capacidade técnica para defini-las⁶⁶.

Corroboram esse entendimento os resultados da pesquisa realizada por Florian Hoffmann e Fernando Bentes, segundo os quais a lógica verificada pelos litígios envolvendo os direitos sociais no Brasil encerra, dentre outros aspectos, “a personalização da sentença com relação ao juiz; a ausência de qualquer análise de viabilidade ou de custo-benefício; a ausência de evidências vindas de perícia técnica médica [...]”⁶⁷.

⁶³ BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>>. Acesso em: 03/09/2018. Conforme a pesquisa realizada por Hoffmann e Bentes, as companhias farmacêuticas estão “indubitavelmente implicadas na geração de litígios em torno dos direitos à saúde, embora sua influência seja quase sempre indireta, como seria de se esperar”, através de seu relacionamento com os médicos que receitam seus produtos ou confirmam tais receitas na qualidade de peritos. HOFFMAN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 388.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 876.

⁶⁵ Idem. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, nº 13, p. 17-32, 2009. p. 29.

⁶⁶ NUNES, António José Avelãs. O poder judiciário, a constituição e os direitos fundamentais. In: Congresso Nacional dos Procuradores de Estado. XXXVIII. 2012, Foz do Iguaçu. **Revista Eletrônica do IBPI**, nº 7, p. 7-60, [201?]. p. 43-44.

⁶⁷ HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M., op. cit. p. 406.

Não fosse isso, como destaca António José Avelãs Nunes, a afetação de receitas, dentre elas aquelas destinadas ao financiamento das prestações em matéria de saúde, dá-se através da lei do orçamento aprovada pelo Poder Legislativo, carecendo de legitimidade o ato de juízes e tribunais que se proponha a alterar essa lei ou que determine que o Poder Executivo a contrarie para cumprir a decisão judicial⁶⁸. Não havendo em nenhum país do mundo recursos financeiros para atender, sem limites, todas as exigências e de todos quanto à satisfação plena dos direitos fundamentais, são necessárias escolhas políticas, para quais têm legitimidade os órgãos democraticamente constituídos pelo sufrágio popular⁶⁹. Nesse sentido, o autor defende que a própria definição do conteúdo do direito à saúde depende da equação financeira plasmada no orçamento do Estado, já que nele são definidas as opções políticas sobre a afetação dos recursos públicos à execução das diversas finalidades do Estado através de políticas públicas que se traduzem em prestações específicas⁷⁰.

Adverte Avelãs que a alocação de recursos não pode ser tratada de forma secundária, especialmente quando se trata de decidir se se deve dar prioridade às despesas com saúde comunitária (inseridas no âmbito de políticas públicas estruturadas) ou àquelas dispensadas em tratamentos destinados a satisfazer necessidades individuais⁷¹. Isso porque, na síntese de Daniel Sarmento, “cada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente desalocativa”⁷².

De outro lado, ensina Lima Lopes que o Poder Judiciário não pode deixar de ser considerado um canal adequado para a efetivação dos direitos fundamentais, tendo em vista que, frequentemente, os cidadãos têm dificuldade em acessar os outros Poderes e o Judiciário,

⁶⁸ NUNES, António José Avelãs. O poder judiciário, a constituição e os direitos fundamentais. In: Congresso Nacional dos Procuradores de Estado. XXXVIII. 2012, Foz do Iguaçu. **Revista Eletrônica do IBPI**, nº 7, p. 7-60, [201?]. p.27-28.

⁶⁹ Ibidem, p. 28-29. Para um maior aprofundamento nas intituladas críticas principiológicas à judicialização dos direitos sociais, ver SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-551. Sobre a perspectiva de tribunais regionais e internacionais, COURTIS, Christian. Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Breve Exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 487-513.

⁷⁰ NUNES, António José Avelãs. Os Tribunais e o Direito à Saúde. In: _____; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 40.

⁷¹ Idem, op. cit. p. 29-30. Para o autor, não cabe ao Poder Judiciário sequer controlar o cumprimento dos programas de governo apresentados pelo Executivo, função esta a ser desempenhada pelo Legislativo, opinião com a qual não se pode, todavia, concordar.

⁷² SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 556.

em uma visão constitucionalista, exerce papel fundamental na proteção de condições materiais para a instauração adequada da deliberação pública⁷³⁷⁴. Em suas palavras,

Concentrada que está a participação apenas nos momentos eleitorais, e inexistentes mecanismos de efetiva cobrança, grupos sociais mais poderosos ou de maior acesso aos mecanismos do poder têm maior facilidade para influir na distribuição dos recursos ou na definição das prioridades. Assim, é da tradição histórica brasileira que o sistema político seja no mínimo lento para enfrentar reformas estruturais que deveriam contar com a iniciativa e recursos de poder do próprio Estado. [...] Se o sistema político, consideradas as regras eleitorais, não dá ao Legislativo ou Executivo suficiente iniciativa ou isolamento de certos grupos de interesse, é compreensível que se busque tal alternativa no Judiciário, diante de quem os custos de litigância são ínfimos quando comparados com os custos de influir nas decisões dos outros dois Poderes.⁷⁵

Ademais, conforme defende Rogério Gesta Leal, uma leitura ampla do texto constitucional denota uma perspectiva funcional do princípio da separação dos poderes, segundo a qual, cumpridas ou não cumpridas as atribuições que lhes são destinadas pela República, estas merecem controles e correições permanentes (políticas, administrativas e judiciais). Isso porque, diante das competências constitucionais estabelecidas aos poderes instituídos, fundamentalmente no que diz respeito às dimensões pró-ativas em face dos direitos e garantias sociais, as funções estatais “se condicionam ao cumprimento não-facultativo do que lhes foi estabelecido, sob pena de coativamente fazê-lo”⁷⁶. Neste sentido, apesar de o Poder Judiciário não ter a competência de “make public choices”, pode e deve assegurar as escolhas públicas tomadas pelos veículos institucionais e não institucionais de

⁷³ Sobre a tensão entre democracia e constitucionalismo, ver KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz Barboza. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. **Revista Sequência**, nº 56, p. 151-176, jun. 2008.

⁷⁴ Vale destacar que o autor compreende que as demandas que versam sobre leis orçamentárias e programas não incorrem no risco do tratamento desigual (ou o tornam mínimo), pois a decisão nelas proferidas se aplica a uma coletividade de pessoas que se encontram sob as condições tipificadas. Nestes casos, a reserva do possível não é uma defesa tão facilmente acatável. LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 172-173.

⁷⁵ Ibidem, p. 168. A esse posicionamento se soma o fato de o Poder Judiciário ter legitimidade democrática para decidir aspectos relacionados aos direitos fundamentais (inclusive em relação a sua faceta prestacional), quando exerce suas funções nos limites da competência que lhes é outorgada pela Constituição Federal, ao aplicar os preceitos constitucionais e ao proteger valores e direitos fundamentais ainda que contra a vontade circunstancial da maioria. Outrossim, “o dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação”. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, nº 13, p. 17-32, 2009. p. 28.

⁷⁶ LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005**. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. p. 169-170.

política social, notadamente aquelas referidas na Constituição, por demarcarem os objetivos e as finalidades da República Federativa⁷⁷. Trata-se de uma leitura não estanque dos poderes constituídos, que se conforma ao “sistema de freios e contrapesos”.

Assim, se a medida reclamada judicialmente estiver abarcada por uma política pública específica, o pedido deve ser deferido pelo Judiciário, uma vez que a Administração Pública se encontra vinculada aos programas que formula, os quais não são afetados pelas reservas do financeiramente possível e do politicamente adequado e oportuno, haja vista o processo político prévio de ponderação⁷⁸, posicionamento ao qual me alinho. Nesse sentido, os tribunais assumem sua função legítima de controle da execução de políticas já existentes, tendo em vista que, como assevera Virgílio Afonso da Silva, a maior parte dos problemas relativos à efetividade do direito à saúde “decorre muito mais de desvios na *execução* de políticas públicas do que de falhas na *elaboração* dessas mesmas políticas”⁷⁹.

Por outro lado, se a pretensão não estiver acobertada por política pública preexistente, partindo-se da premissa de que o direito ao mínimo existencial não é absoluto e se sujeita, portanto, à reserva do possível, toma-se como adequada a proposta de Daniel Sarmento, segundo a qual, “quanto mais indispensável se afigurar uma determinada prestação estatal para a vida digna do jurisdicionado, maior deve ser o ônus argumentativo imposto ao Estado para superar o direito *prima facie* garantido”⁸⁰.

Ainda assim, sendo somente através do cumprimento das sentenças que os insumos e tratamentos são efetivamente fornecidos ao reclamante, de acordo com as conclusões de Hoffmann e Bentes, em considerável quantia de casos a execução das medidas fica a cargo da Defensoria Pública ou do próprio demandante, tendo em vista o caráter formalista das sentenças concessivas de direitos, que, na sua grande maioria, não contempla os parâmetros de cumprimento pela autoridade pública⁸¹.

⁷⁷ LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005**. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. p. 173.

⁷⁸ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental à Saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 216.

⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 598.

⁸⁰ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 579.

⁸¹ HOFFMANN, Florian F; BENTES, Fernando R. N. M. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 408.

Os argumentos colacionados não esgotam o elenco de posicionamentos que podem ser encontrados na doutrina nem é o objetivo do presente estudo apresentar um inventário completo destes, mas apenas destacar a relevância e a diversidade do debate sobre os limites da atuação jurisdicional no âmbito dos direitos sociais, com especial atenção ao caso do direito à saúde. Ademais, deve-se ressaltar que a análise aqui empreendida não desconsidera o aperfeiçoamento da via administrativa (quanto à desburocratização, à tempestividade, ao maior acesso às informações, dentre outros aspectos), como o caminho por excelência para a efetivação dos direitos fundamentais, inserida no plano mais amplo da boa governança e delineada pelos mecanismos de controle social⁸². Da mesma forma, reconhece-se que a tutela jurisdicional coletiva (especialmente em caráter preventivo) também assume viés preferencial, especialmente por minimizar os efeitos colaterais da tutela individual, dentre eles a afetação do princípio da igualdade. Ainda assim, cinge-se a presente investigação à judicialização individual, por ser ela a ferramenta de maior expressão nos órgãos judiciários pátrios, mas também por ser, em muitos casos, a maneira mais adequada e mesmo efetiva de proteção e promoção das peculiaridades da saúde no caso individual concreto⁸³.

Assumir o posicionamento, a partir dos entendimentos analisados, de que os direitos sociais são judicialmente exigíveis não transforma o Poder Judiciário como o ator principal de sua concretização, já que a tutela jurisdicional não pode nem deve substituir uma ampla e estruturada política pública dos direitos fundamentais. De outro lado, diante da inafastabilidade da apreciação judicial dessas questões fundamentais, o que deve ser melhor discutido é a forma pela qual deve o Poder Judiciário legitimamente atuar, por meio de seus órgãos e agentes e através de aproximações conceituais e parâmetros decisórios, de forma a minimizar os efeitos negativos suscitados da litigância individual, visto que também se encontra vinculado aos deveres de proteção dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, objetiva-se na continuidade do presente trabalho a análise da adequação e aplicação da teoria dos precedentes no Brasil, notadamente em relação à judicialização da saúde, por se acreditar que a técnica enfatizada pelo novo Código de Processo Civil pode propiciar uma maior igualdade, racionalidade, eficácia e sustentabilidade a longo prazo das decisões judiciais que versem sobre a interpretação e efetivação dos direitos sociais em geral e do direito à saúde em particular. Até porque, como concluem Hoffmann e

⁸² Sobre a primordialidade da atuação da Administração Pública, ver HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. **Revista de Processo**, vol. 199/2011, p. 13-40, set/2011. p. 11-12.

Bentes, não há ainda no país uma uniformização da litigância em direitos sociais, mas é o conjunto de sentenças semelhantes em casos-padrão que gera um certo grau de previsibilidade “que funciona na prática como uma forma de sabedoria judiciária em comum ou, efetivamente, como *stare decisis* informal”⁸⁴, sem qualquer parametrização consciente e técnica, no entanto.

3 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS ELEMENTOS CONFORMADORES DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES

Com a positivação constitucional das garantias do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/1988⁸⁵) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/1988⁸⁶), bem como a transformação da própria jurisdição brasileira, que passou a se destinar à conformação da lei aos direitos contidos na Constituição⁸⁷, o processo, mais do que nunca, tornou-se mecanismo à disposição do cidadão para a efetivação de direitos fundamentais, vivenciando-se no país, inclusive, o fenômeno da litigiosidade serial e repetitiva.

É nesse contexto que a função dos tribunais superiores se sobressaiu: proferir decisões delineadoras do ordenamento jurídico brasileiro e, primordialmente, o exercício dos demais órgãos jurisdicionais, tornou-se um imperativo para garantir ao sistema jurídico maior coerência, integridade e estabilidade, em prol, especialmente, da igualdade de tratamento dos indivíduos reclamada pelo Estado Democrático de Direito, da segurança jurídica e mesmo da própria legitimação democrática do Poder Judiciário como garantidor de direitos.

Neste sentido, revelam-se de substancial importância as contribuições doutrinárias acerca da análise histórico-crítica da convergência entre os sistemas do *common law* e do *civil law*⁸⁸, tendo em vista, especialmente, a superação do dogma da aplicação estrita da lei neste sistema e a consequente interpretação da norma jurídica de forma não unívoca, condicionadas pelo processo de transformação operado nos conceitos de direito e jurisdição pelo

⁸⁴ HOFFMANN, Florian F; BENTES, Fernando R. N. M. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 411.

⁸⁵ Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁸⁶ Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, vol. 172, p. 175-232, jun 2009. p. 192.

⁸⁸ Aprofundada em Ibidem; e em RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre common law e civil law – reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. **Revista de Processo**, ano 36, vol. 199, p. 159-191, set 2011.

constitucionalismo e pela evolução da teoria da interpretação⁸⁹. Nesse contexto, tornou-se imprescindível a compreensão da influência do *common law* em relação à obtenção da previsibilidade e segurança mediante o respeito aos julgados como, de certa forma, pretende-se no Brasil. Isso porque, apesar de referidos valores serem almejados por ambos os sistemas, supôs-se, no *civil law*, que seriam realizados por meio da lei e de sua aplicação estrita pelos juízes, enquanto no *common law*, por se ter reconhecido aos juízes desde o início a “law-making authority”, vislumbrou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garanti-los⁹⁰.

Assim, é objetivo desta parte do trabalho, analisar sumariamente⁹¹ as características dos precedentes e das ferramentas relativas à metodologia de sua aplicação, assim como o tratamento despendido pelo código de processo civil à temática, para que se possa avaliar adiante a sua viabilidade em matéria de saúde.

Reconhecido pela doutrina brasileira o caráter adscritivo da interpretação do direito, enfatizado pela distinção entre texto e norma e pela natureza reconstrutiva da ordem jurídica pela jurisdição⁹², vivencia-se no país uma preocupação crescente com a necessidade imediata de respeito aos precedentes e de efetivação da isonomia entre os sujeitos, em especial a partir do movimento do neoconstitucionalismo, da reforma do Judiciário de 2004⁹³ e da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015)⁹⁴. Isso porque, como bem

⁸⁹ “O verdadeiro significado da transformação da função jurisdicional está em que, ao se subordinar a lei aos direitos fundamentais, impôs-se ao juiz, além do dever de raciocinar a partir de princípios que projetam figuras não precisas, a necessidade de considerar questões de ordem moral, política e econômica que estão inseridas no tecido aberto das disposições constitucionais, o que amplifica a latitude do espaço judicial para expressar o significado do direito e resolver o caso litigioso. Como é óbvio, isso fez ruir a crença de que o juiz poderia decidir mediante mero raciocínio lógico, subsumindo as situações concretas às hipóteses abstratas contidas no sistema jurídico. Elimina-se, portanto, a pretensão de se obter certeza jurídica e previsibilidade mediante o esquema positivista próprio ao *civil law* do final do século XIX e início do século XX, marcado pela sistematicidade e pela plenitude”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 55.

⁹⁰ Idem. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 63. “A decisão da Corte Suprema, ao expressar o sentido do direito, passa a orientar a vida social e a guiar as decisões dos juízes e tribunais de apelação. Se as Cortes Supremas têm a função de desenvolver o direito ao lado do legislativo, as suas decisões devem ganhar a autoridade que lhes permita corresponder ao significado que possuem na ordem jurídica. É precisamente aí que as decisões das Cortes Supremas assumem a qualidade de precedentes.” p. 65.

⁹¹ Isto significa dizer que não se pretende aqui esgotar o tema, tampouco há possibilidade de apresentar todas as noções de uma doutrina dos precedentes ou aprofundar os variados fundamentos para justificar o respeito às decisões judiciais.

⁹² MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 65-66.

⁹³ A Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, dentre outros, o instrumento da repercussão geral e das súmulas vinculantes, bem como privilegiou a via concentrada do controle de constitucionalidade.

⁹⁴ Desde a exposição de motivos do Anteprojeto do Código, “destacou-se a relevância da uniformização da jurisprudência na busca pela segurança jurídica e pela isonomia, dentre outros valores”, cf. PUGLIESE, William Soares. **A ratio da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade**. 2016. 311 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-

constata Luiz Guilherme Marinoni, em um sistema em que não há vinculação das decisões judiciais aos precedentes, estimula-se a litigiosidade e “conspira[-se] contra a racionalidade da distribuição da justiça e contra a efetividade da jurisdição”⁹⁵, apontamento este que se mostra ainda mais contundente quando se está a tratar de direitos fundamentais.

A errônea compreensão de que o respeito às decisões dos tribunais superiores poderia macular o livre convencimento do julgador resulta em posicionamentos jurídicos construídos de forma casuísta, subjetiva e individualizada, sem compromisso com o sistema de distribuição de justiça nos quais se inserem, maculando a própria credibilidade do Poder Judiciário pátrio. Dessa forma, a apreensão e aplicação de um efetivo sistema de precedentes no Brasil constitui um desafio para a garantia de maior racionalidade da prestação jurisdicional.

Dentre as diversas razões para que os precedentes sejam seguidos e respeitados, Marinoni elenca o compromisso do Estado de Direito com o princípio da segurança jurídica, consubstanciado nos ideais de estabilidade e previsibilidade, a promoção de igualdade jurídica entre os cidadãos, a coerência da ordem jurídica e a unidade do direito, o controle do poder do juiz, o desestímulo à litigância e a maior eficiência e autoridade do Poder Judiciário⁹⁶, estas duas últimas de importância crucial para o tema que aqui se está a tratando. Pode-se ressaltar ainda as razões de justiça, de imparcialidade do sistema jurídico e de economia de esforços, destacadas por Neil MacCormick⁹⁷, mormente as duas primeiras. A eficácia vinculante dos precedentes decorreria, por fim, da força institucional da jurisdição como função basilar do Estado, conforme Daniel Mitidiero⁹⁸. Em verdade, o Código de Processo Civil brasileiro, ao prever em seu artigo 926⁹⁹ a uniformidade como um ideal normativo orientador da

Graduação em Direito, Curitiba, 2016. p. 75. Ainda, conforme Daniel Mitidiero, o novo Código de Processo Civil introduziu o conceito de precedentes no direito brasileiro. Nas palavras do autor, “o que sobressai da sua leitura é o dever de as Cortes Supremas outorgarem unidade ao direito a fim de que a ordem jurídica p[ro]ssas ser segura e capaz de prover liberdade e igualdade de todos perante o direito (art. 926), sendo instrumento para tanto o precedente (art. 927). Avulta da sua leitura ainda o dever de as Cortes de Justiça uniformizarem a interpretação de questões relevantes (art. 947) e repetidas (arts. 976 a 987), sendo instrumento para tanto a jurisprudência.” MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 74 e 83.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, vol. 172, p. 175-232, jun 2009. p. 194.

⁹⁶ Idem. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 121-190.

⁹⁷ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 191.

⁹⁸ MITIDIERO, Daniel, op. cit. p. 85.

⁹⁹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

jurisprudência, impõe mesmo um dever aos tribunais, a partir dos parâmetros da estabilidade, integridade e coerência¹⁰⁰.

Uma primeira distinção relevante ao tratarmos da matéria é aquela entre precedente e jurisprudência. Como ensina Michele Taruffo, o primeiro conceito refere-se a uma regra universalizável que pode ser aplicada como critério de decisão em um caso sucessivo em decorrência da identidade ou da analogia entre os fatos do primeiro caso e do segundo, verificada esta pelo juiz do caso sequente¹⁰¹. Nesse sentido, o termo “precedente” pode fazer referência a apenas uma decisão ou, no máximo, a “poucas decisões sucessivas”, que consolidam o entendimento sobre um assunto¹⁰². Ao se tratar de jurisprudência, no entanto, faz-se referência ao conjunto de reiteradas decisões enunciadas pelos tribunais superiores em declarações que, geralmente, não incluem os fatos que foram objeto de apreciação e que, por essa razão, tem como função principal estabelecer regras jurídicas gerais, ainda que não definitivas, a serem consolidadas em verbetes sumulares, prescindindo a sua aplicação, no mais das vezes, de uma análise comparativa entre as decisões paradigma e os fatos dos casos seguintes¹⁰³. Portanto, parece ser tão somente de jurisprudência que se tem tratado no Brasil até agora, ainda que seja a ela que se refira, com razão, o Código de Processo Civil em seu artigo 926 quando trata da estabilidade¹⁰⁴.

Luiz Guilherme Marinoni define precedente como “a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delineia, deixando-a cristalina”¹⁰⁵. Para ser qualificada como precedente, não basta que a decisão possua certas características intrínsecas, mas deve também ser dotada de qualidades externas que escapam ao seu conteúdo, deve ter

¹⁰⁰ O tema é objeto central da tese de doutoramento de PUGLIESE, William Soares. **A ratio da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade**. 2016. 311 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2016.

¹⁰¹ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, ano 2011, vol. 199, p. 139-155, set 2011. Conforme assevera Marinoni, o novo caso dá ao órgão julgador sucessivo apenas a possibilidade de compreender o precedente, que existe desde a sua instituição pela primeira Corte. Caso contrário, estabelecer-se-ia um efeito retroativo indesejável segundo os parâmetros de segurança e previsibilidade. MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, vol. 172, p. 175-232, jun. 2009. p. 231. Tendo em vista a tarefa de identificação e aplicação exercida pelo juiz do novo caso, Mitidiero faz referência às palavras de Raimo Siltala sobre o “mutual coefferort of two or more courts”. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 100.

¹⁰² TARUFFO, 2011, apud PUGLIESE, 2016. p. 71.

¹⁰³ STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.107.

¹⁰⁴ Isso porque, a estabilidade referida pela legislação deve ser verificada “no conjunto de decisões judiciais e precedentes disponíveis para consideração em um determinado cenário jurídico”, implicando no “respeito institucional pelos valores ligados à teoria dos precedentes”. PUGLIESE, William Soares, op. cit. p. 175-176.

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 216.

potencialidade para se firmar como paradigma para jurisdicionados e magistrados¹⁰⁶. Dessa forma, compreende-se que os precedentes não se confundem com as decisões judiciais, mas são as razões generalizáveis nelas identificadas¹⁰⁷.

Baseado nos ensinamentos de Neil McCormick, William Soares Pugliese conceitua precedente como “uma decisão anterior que serve como modelo para decisões posteriores”¹⁰⁸. Segundo Estefânia Barboza, um precedente corresponde à “prática de decidir casos com base nas decisões tomadas em casos similares no passado por meio de mecanismos que identificam a experiência comum ou questões semelhantes entre os casos”¹⁰⁹.

Assim, pode-se compreender o precedente como a decisão que interpreta a lei e soluciona a questão de direito de maneira suficientemente clara e completa para consolidar um entendimento jurisdicional a ser seguido pelas futuras decisões.

Neste sentido, a doutrina do *stare decisis*¹¹⁰ trabalha com dois conceitos nucleares para a sua compreensão, quais sejam a *ratio decidendi* e os *obiter dictum*, distinguindo-os não sem dificuldade¹¹¹. Por *ratio decidendi*¹¹² compreende-se “a regra de direito que foi posta como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso”¹¹³, o precedente propriamente dito, ou seja, a parte da decisão da qual deriva a regra de juízo vinculante, ou ao menos fortemente persuasiva, para o caso sucessivo¹¹⁴. Já os *obiter dictum* são as “afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 216.

¹⁰⁷ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 83.

¹⁰⁸ PUGLIESE, William Soares. **A ratio da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade**. 2016. 311 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2016. p. 53.

¹⁰⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 198.

¹¹⁰ Esta doutrina se encontra na base dos sistemas jurídicos de *common law* e pugna pelo respeito às decisões judiciais precedentes, que já foram tomadas anteriormente por outros tribunais e que solucionaram problema semelhante (*treat like cases alike*). Diferentemente dos sistemas de *civil law*, o *stare decisis et quia non movere* (“aderir aos precedentes e não perturbar as coisas já estabelecidas”) significa que mesmo uma única decisão tomada individualmente pelos tribunais deve ser respeitada. cf. Ibidem, p. 199.

¹¹¹ A dificuldade para se distinguir a *ratio decidendi* dos *obiter dictum* está no fato dessas razões estarem inexoravelmente interligadas, a ponto de, apesar de sua definição oposta, por muitas vezes se aproximarem. Neste caso, apesar de o *obiter dictum* não ser obrigatório, tem efeito persuasivo bastante forte, cf. MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit. p. 238.

¹¹² A *ratio decidendi* não possui uma correspondência exata no processo civil brasileiro, uma vez que não se confunde com a fundamentação nem com o dispositivo. No *common law*, ela é extraída de todos os elementos da decisão, isto é, do relatório, da fundamentação e do dispositivo. Ibidem, p. 222.

¹¹³ MARSHALL, 1997 apud TARUFFO, 2011. p. 142.

¹¹⁴ Utilizando-se dos ensinamentos de John Salmond, Estefânia Barboza destaca que somente a *ratio decidendi* abstratamente considerada é que tem força normativa, isto é, o que vincula os casos futuros não é a decisão em si, mas os princípios implícitos que a fundamentaram. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, op. cit. p. 222.

úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, todavia não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão”¹¹⁵.

Como salienta Daniel Mitidiero, a *ratio* é uma razão necessária e suficiente para resolver uma questão importante do caso. Necessária na medida em que sem ela não seria possível chegar à solução da questão e suficiente quando basta à resolução. Dessa forma, percebe-se que a identificação e aplicação de um precedente depende da interpretação do significado do litígio e das razões empregadas para dirimi-lo, o que exige uma atuação judicial atenta às particularidades das demandas, mas também capaz de “empreender sofisticados processos de apreensão e universalização de razões e comparação entre casos”¹¹⁶, ou seja, um papel nada automático.

É neste sentido que a aplicação de precedentes na solução de casos não prescinde do contraditório e do dever de fundamentação analítica, como determina o art. 489, §1º, V e VI, do CPC¹¹⁷. Isso significa que deve haver um debate prévio à aplicação de um precedente ao caso concreto, já que necessária a identificação precisa da identidade ou semelhança entre os aspectos fáticos e jurídicos entre este e o caso paradigma¹¹⁸. Parece-nos que a observância a esse preceito se torna tão mais necessária quanto mais complexos forem os fatos e os fundamentos jurídicos postos em questão no caso concreto, como não deixam de ser nas demandas de saúde.

O caso típico de aplicação do precedente se dá na direção vertical, ou seja, quando o juiz sucessivo que vai decidir um caso idêntico ou similar está em grau inferior na hierarquia judiciária. Isso porque, como assevera Taruffo, a força do precedente está tradicionalmente vinculada à autoridade e ao respeito (que se relacionam a sua posição) do órgão que emitiu a decisão¹¹⁹. Mas se fala também em precedente horizontal para designar a força de um precedente em relação aos órgãos judiciários de mesmo grau (ou da mesma corte) daquele que pronunciou a primeira decisão, isso em razão de uma leitura do direito como integridade e de

¹¹⁵ MARSHALL, 1997 apud TARUFFO, 2011. p. 142.

¹¹⁶ MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, ano 2015, vol. 245, p. 333-349, jul 2015. p. 338.

¹¹⁷ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

¹¹⁸ MITIDIERO, Daniel, op. cit. p. 339.

¹¹⁹ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, ano 2011, vol. 199, p. 139-155, set 2011. p. 144.

um comprometimento com a história da comunidade¹²⁰. Como assevera Luiz Guilherme Marinoni, não se pode tratar de coerência da ordem jurídica, igualdade perante o Judiciário, segurança jurídica e previsibilidade sem que as cortes superiores se vinculem as suas próprias decisões¹²¹. Daí o acerto da crítica de Teresa Arruda Alvim em relação à prática brasileira:

A função constitucional do STF e do STJ fica comprometida pela intensidade de divergência jurisprudencial *interna corporis* provocada por estes mesmos tribunais. Isso porque, em vez de funcionarem como tribunais que dêem ensejo à uniformização do entendimento relativo à norma constitucional ou federal, ao manterem profunda e insistente discrepância acerca de determinadas questões jurídicas, referidos tribunais proporcionam justamente o resultado oposto, qual seja a insegurança e inquietude acerca de como deve ser interpretada uma norma constitucional ou federal¹²².

O artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015 refere que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Prossegue em seus §1º e 2º afirmando: “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante” e “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”¹²³.

Como aponta Daniel Mitidiero, o dispositivo instituiu o *stare decisis* horizontal no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de apresentar problemas teóricos, como a falta de distinção entre as funções exercidas pelas Cortes de Justiça e pelas Cortes Supremas no ordenamento jurídico brasileiro, a incorreção quanto ao emprego do termo uniformização, a aplicação indistinta dos conceitos de jurisprudência, súmula e precedentes¹²⁴, cuja análise, entretanto, não será objeto do presente trabalho.

Já o art. 927 do CPC, ao dispor sobre o chamado *stare decisis* vertical, em seus incisos estabelece que os precedentes são oriundos apenas de súmulas (incisos II e IV), recursos repetitivos e assunção de competência (inciso III) e orientações de plenário ou do órgão especial (incisos I e V)¹²⁵.

¹²⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 215.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 120.

¹²² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, vol. 172, p. 121-153, jun 2000. p. 134.

¹²³ BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar de 2015.

¹²⁴ MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, ano 2015, vol. 245, p. 333-349, jul 2015.

¹²⁵ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de

Os precedentes porém, como esclarece Mitidiero, não são exclusivamente formais e quantitativos, mas também materiais (relacionam-se com a autoridade das cortes que os emanam) e qualitativos (dependem da qualidade das razões invocadas para a justificação da questão decidida, que devem ser necessárias e suficientes para a solução da questão de direito posta), de forma que os artigos do código “fornecem apenas pistas – algumas delas falsas – a respeito de como os precedentes devem ser tratados na ordem jurídica brasileira”¹²⁶. Para o autor, o trabalho das Cortes Supremas independe de forma para serem vinculantes, “na medida em que não só recursos extraordinários e recursos especiais repetitivos ou do incidente de assunção podem gerar precedentes”¹²⁷.

Esta poderia ser apontada como uma diferença primordial entre o sistema de precedentes do *common law* e o adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro, tendo em vista que a doutrina inglesa dos precedentes se fundamenta na natural força coercitiva do *stare decisis*, pressupondo sua aplicabilidade praticamente universal, independentemente da formalidade da decisão.

Mas apesar dessa “natural força coercitiva”, é preciso compreender que a vinculação aos precedentes contida no comando do *stare decisis* é, contudo, flexível, a permitir o desenvolvimento do direito sempre com respeito ao passado. Necessário, nesse sentido, reconhecer casos que envolvem particularidades fático-jurídicas tão acentuadas que os distinguem do paradigma, o que impede a aplicação do precedente sem que este seja, contudo, revogado. Nesse caso, uma distinção deve ser realizada, o chamado *distinguishing*, uma das ferramentas básicas para a operação com precedentes, já que para que exista fidelidade na sua aplicação, esta não deve ser feita de forma indistinta¹²⁸.

Outrossim, o precedente pode se tornar obsoleto diante de novas conformações históricas, econômicas e sociais a influenciar a decisão do caso sucessivo. Dessa forma, outra técnica processual para operação com precedentes diz respeito à necessidade de o direito manter sua adequação social e coerência sistêmica¹²⁹, ou mesmo corrigir um evidente equívoco¹³⁰, e, portanto, significa a hipótese da sua superação - *overruling*. Tratam-se das

assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

¹²⁶ MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, ano 2015, vol. 245, p. 333-349, jul 2015. p. 337.

¹²⁷ Ibidem, p. 338.

¹²⁸ Ibidem, p. 339.

¹²⁹ EISENBERG, 1991 apud MARINONI, 2010. p. 390.

¹³⁰ GERHARDT, 2008 apud MITIDIERO, 2017. p.103.

situações em que a evolução tecnológica ou a mudança dos valores sociais geram uma nova realidade, impondo a reconfiguração da doutrina ou da teoria que fundamentam o precedente¹³¹.

Em qualquer caso, a superação deve observar a necessidade de “[...] fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”, conforme prevê o art. 927, §4º, do CPC¹³². Isso porque a mudança do precedente não pode causar uma surpresa injusta nem gerar um tratamento desigual entre as pessoas que estão submetidas temporalmente a situações idênticas ou semelhantes, em respeito à própria coerência do sistema¹³³. Evidentemente, a revogação de um precedente baseada em critérios reafirmados e respeitados pelas cortes afasta a hipótese de alteração das razões de julgamento com base em uma nova compreensão pessoal e individualizada do julgador sobre a questão de direito, quanto menos pela alteração da composição do órgão julgador ou do tribunal.

Mas é possível que a corte, em nome dessa mesma confiança que se atribui aos precedentes judiciais e ao tratamento isonômico entre os jurisdicionados, apenas sinalize a superação do precedente (*signaling*) sem distinguir o caso ou revogar o precedente. Ainda, pode-se permitir a eficácia da alteração do precedente somente para o futuro (*prospective overruling*), como prevê o art. 927, §3º, do Código de Processo Civil¹³⁴¹³⁵.

Por todo o exposto, e no mesmo sentido que Dierle Nunes, entende-se que o uso de precedentes não prescinde da reconstrução do histórico decisório do tribunal e da discussão de sua adaptabilidade, sendo rechaçada sua utilização mecânica a pretexto de uma suposta aplicação da igualdade em prol de uma eficiência (quantitativa). Ademais, deve-se considerar que uma tematização acrítica da aplicação dos precedentes no Brasil pode fomentar um engessamento dos posicionamentos para favorecer uma concepção hierárquica (e não

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 117.

¹³² Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

¹³³ MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, ano 2015, vol. 245, p. 333-349, jul. 2015. p. 340.

¹³⁴ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

¹³⁵ MITIDIERO, Daniel, op. cit. p. 340.

funcional) da divisão de competências do Poder Judiciário e, inclusive, desestimular o acesso à Justiça¹³⁶.

A aplicação mecânica de precedentes pode mesmo violar o princípio da igualdade, “como direito constitucional à diferença e à singularidade”, quando, em situações apenas semelhantes, e não idênticas, aplica-se, sem maiores reflexões quanto às questões próprias do caso decidido e o paradigma, uma tese anteriormente definida¹³⁷.

Assim, são elencadas pelo autor algumas premissas para a aplicação de precedentes sem que a padronização decisória seja dimensionada tão somente pela resolução quantitativa das demandas seriais: i) o esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados sobre a temática; ii) a reconstrução da história institucional de aplicação da tese pelo tribunal, ainda que seja uma hipótese de superação do precedente (*overruling*); iii) a estabilidade decisória dentro do próprio tribunal (*stare decisis* horizontal), tendo em vista que este, por excelência, está vinculado às suas próprias decisões, salvo, é claro, quando se tratar de uma caso diferente (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*), desde que idônea a fundamentação; iv) a aplicação do padrão decisório pelos tribunais inferiores (*stare decisis* vertical), segundo a “demonstração discursiva da identidade de casos”; v) a fixação e separação das *ratione decidendi* (elemento vinculante) dos *obiter dicta* (discursos não autoritativos dos pronunciamentos judiciais) da decisão; e vi) o delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório¹³⁸.

A partir dessa exposição sobre os conceitos e técnicas processuais que formam o núcleo de compreensão e aplicação dos precedentes, cumpre enaltecer a compreensão de Luiz Guilherme Marinoni, *in verbis*

Tratando-se de interpretação da Constituição, a eficácia da decisão deve transcender ao caso particular, de modo que os seus fundamentos determinantes sejam observados por todos os tribunais e juízos nos casos futuros. A não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal debilita a força normativa da Constituição. A força da Constituição está ligada à estabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal.¹³⁹

¹³⁶ NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. **Revista de Processo**, ano 36, vol. 199, p. 41-82, set 2011. p. 64-65.

¹³⁷ Ibidem, p. 70.

¹³⁸ Ibidem, p. 66-69.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 459.

Nesse sentido, e reconhecendo a possibilidade do desenvolvimento de critérios para a concretização dos direitos sociais pelo STF, pretende-se na parte final do trabalho avaliar as condições de viabilidade, mas principalmente evidenciar as dificuldades, de implementação de uma consciência de precedentes no país, mediante uma análise das decisões do Supremo Tribunal Federal que refletem o perfil decisório (ou a sua inexistência) da Corte sobre a temática da saúde, desde 2000 aos anos que seguiram a realização da audiência pública e o advento do novo Código de Processo Civil.

4 O CONTROLE JUDICIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diante de todos os limites fáticos e jurídicos enfrentados pela atuação jurisdicional no caso do atendimento a demandas que envolvem direitos fundamentais, notadamente direitos a prestações estatais, a análise da distribuição de recursos pelo Estado deveria ser feita com base em critérios definidos pelos próprios tribunais, sob pena de se desembocar em um “vácuo de justiciabilidade”¹⁴⁰. Neste caso, o Poder Judiciário acaba por adotar, ainda que implicitamente, o critério da “ordem de chegada”¹⁴¹, de forma que o gozo do direito constitucionalmente garantido passa a depender da capacidade do indivíduo de chegar aos tribunais no melhor tempo.

Como revela um estudo realizado por Daniel Wei Liang Wang, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de saúde passou por importantes mudanças nas últimas décadas¹⁴². Desde o ano 2000 até fevereiro de 2007, todas as decisões da Corte foram favoráveis à concessão do medicamento ou tratamento, sempre pleiteados individualmente, sem qualquer divergência entre os Ministros. Segundo o entendimento do Tribunal, o direito à saúde, como um direito público subjetivo e, portanto, judicialmente tutelável, não poderia ser transformado em “promessa constitucional inconsequente”¹⁴³, devendo ser efetivado pelo Estado de forma plena e universal. De outro lado, os custos envolvidos nas prestações e o

¹⁴⁰ GROSMA, 2008 apud PIVETTA, 2014, p. 25.

¹⁴¹ GROSMA, 2008 apud PIVETTA, 2014, loc. cit.

¹⁴² WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**. São Paulo, nº 8, p. 539-568, jul-dez, 2008.

¹⁴³ BRASIL. STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário: RE 271.286 AgR. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 12/09/2000.

tema da escassez de recursos foram tratados, nas poucas vezes em que debatidos, como problemas de menor importância, “interesse financeiro e secundário do Estado”¹⁴⁴¹⁴⁵.

Nada obstante, no julgamento da ADPF 45¹⁴⁶, em que questionado o veto presidencial sobre dispositivo da proposta de lei de diretrizes orçamentárias de 2003 que garantia recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde, tratou-se de forma inédita sobre o tema da “reserva do possível”. Reconheceu-se que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais “depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado”, não se podendo exigir a imediata efetivação do comando constitucional quando comprovada a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. Na oportunidade, consignou-se que a interferência do Poder Judiciário em juízos de conveniência e oportunidade dos outros Poderes só poderia ocorrer excepcionalmente, quando violada de forma “evidente e arbitrária” a incumbência constitucional do legislador. No entanto, a ação foi julgada prejudicada pela perda do objeto, pois o Presidente da República remeteu, logo após, projeto de lei ao Congresso Nacional que restaurou integralmente o dispositivo anteriormente vetado.

É só com o julgamento da STA 91¹⁴⁷, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, que se reconheceu a não obrigatoriedade do Estado em fornecer, genericamente, todo e qualquer medicamento necessário ao tratamento de doenças, determinando-se, no caso, a suspensão da execução de liminar pelo Estado de Alagoas que estaria “afeta[ndo] o já abalado sistema público de saúde”. A decisão foi fundamentada na necessidade de racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos fornecidos gratuitamente para o atendimento de um maior número de pessoas, levando em conta a limitação de recursos. A Ministra relatora consignou ainda que o Estado somente estaria obrigado a fornecer os remédios contemplados em portaria do Ministério da Saúde.

¹⁴⁴ BRASIL. STF. Medida Cautelar na Petição: PET 1.246-1 SC. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 10/04/1997.

¹⁴⁵ Como bem assevera Daniel Wang, no entanto, tratar do direito à saúde de um lado e do custo que sua efetivação implica de outro é uma dicotomia falsa. “Se os direitos sociais, para serem efetivados, precisam de recursos estatais, então a questão financeira está intrinsecamente ligada ao direito à saúde. (...) [O] direito à saúde e [as] questões financeiras não são conflitantes e nem excludentes, aquele depende desta [s]”. WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**. São Paulo, nº 8, p. 539-568, jul-dez, p. 546.

¹⁴⁶ BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 04/05/2004.

¹⁴⁷ Idem. Suspensão de Tutela Antecipada: STA 91. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Data de Julgamento: 05/03/2007.

No entanto, decisões concessivas proferidas pelo próprio tribunal posteriormente¹⁴⁸ demonstraram que o raciocínio jurídico realizado no julgamento da suspensão não se aplicaria a todos os casos envolvendo o pedido de medicamentos. Apesar de as novas decisões terem empreendido uma análise mais detalhada do caso concreto, especialmente quanto à condição econômica do paciente e à gravidade da doença, não deixaram de afetar as alocações de recursos em matéria de saúde¹⁴⁹, perpetuando um cenário de insegurança e desuniformidade na solução das demandas.

4.1 AS PERSPECTIVAS ADOTADAS NO JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 175 E SEU REFLEXO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL

Nesse contexto de incerteza e levando em conta o significativo número de ações versando sobre o tema da saúde que alcançaram o STF, o então presidente do tribunal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, convocou uma audiência pública que teve lugar nos meses de abril e maio de 2009. Nesta oportunidade, foram ouvidas mais de 50 pessoas, dentre elas usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), médicos, técnicos de saúde, gestores públicos, advogados, promotores de justiça, defensores públicos, magistrados e professores.

Conforme consignou o Ministro, com base nas informações colhidas na audiência, pretendia-se formar um posicionamento da Corte que pudesse servir como um conjunto de critérios mais bem definidos a orientar as futuras atuações do Poder Judiciário quando em questão o direito à saúde. Dentre os processos de competência da Presidência que versavam sobre o tema, tramitava o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, cujo julgamento, à época, foi considerado paradigmático¹⁵⁰¹⁵¹.

¹⁴⁸ BRASIL. STF. Suspensão de Segurança: SS 3205. Relatora: Min. Ellen Gracie, DJ 08/06/2007; Idem. Suspensão de Segurança: SS 3158. Relatora: Min. Ellen Gracie, DJ 08/06/2007.

¹⁴⁹ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**. São Paulo, n° 8, p. 539-568, jul.-dez., 2008. p. 550-551.

¹⁵⁰ BRASIL. STF. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Tribunal Pleno, DJ 17/03/2010. Tratou-se de agravo regimental interposto pela União contra decisão monocrática do Ministro Presidente Gilmar Mendes que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da tutela antecipada concedida em sede de Apelação Civil pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região a demandante pessoa física que buscava o fornecimento do medicamento de alto custo Zavesca (miglustat) para o tratamento de doença denominada Niemann-Pick tipo C. O fármaco, apesar de registrado na ANVISA, não estava contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública. O agravo regimental foi indeferido, à unanimidade, sob o fundamento de que não havia indícios de “grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas” na manutenção da decisão tal qual proferida *a quo*. Na mesma sessão, e com o mesmo conteúdo e resultado, houve o julgamento do AgrRg na SL 47, interposto pelo Estado de Pernambuco contra decisão monocrática do Ministro Nelson Jobim que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida pelo Juízo Federal da 8ª Vara de Petrolina/PE no bojo de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal

Em seu voto, ao tratar de forma eminentemente literal sobre a norma contida no art. 196 da Constituição Federal de 1988, o Ministro relator bem destacou que o direito à saúde engloba tanto uma dimensão individual (a saúde de cada pessoa deve ser protegida) quanto uma dimensão coletiva (a generalidade das pessoas deve ter acesso às políticas sociais e econômicas de efetivação do direito à saúde). Diante dessa consideração, consignou não haver um direito individual absoluto a qualquer prestação jurisdicional, mas um direito público subjetivo a políticas públicas relacionadas à proteção ampla da saúde. Assim, a tutela judicial seria condicionada, *prima facie*, ao não comprometimento do Sistema Único de Saúde.

Além disso, concluiu o Ministro Gilmar Mendes que a falta de efetividade do direito à saúde no Brasil não decorre tão somente de uma lacuna normativa, já que a Constituição Federal e as leis ordinárias sobre o tema (em especial a Lei 8.080/1990¹⁵² e a Lei 8.142/1990¹⁵³) dão conta de uma base jurídica robusta para a concretização do direito. A inexecução administrativa das políticas públicas já existentes pelos entes federados seria o principal motivo de sua não efetivação.

A partir dessas e de outras premissas, foram fixados alguns critérios norteadores da solução de casos envolvendo prestações de saúde.

Primeiramente, as demandas foram divididas entre aquelas envolvendo pretensão já abarcada por uma política pública existente ou não. No primeiro caso, a solução seria simples: a Administração Pública omissa deveria ser condenada ao fornecimento da prestação, tendo em vista que a existência de política pública confere um direito subjetivo ao indivíduo, sem que isso configure interferência arbitrária do Poder Judiciário em outras esferas de competência.

O segundo grupo, por sua vez, envolveria situação mais complexa (a não pré-existência de política pública) e requereria, portanto, um maior refinamento de critérios a serem adotados. Assim, o Ministro relator subdividiu o grupo de acordo com a causa da não concessão da prestação judicializada: a) por decisão administrativa motivada e b) por existência de vedação legal.

contra o Município de Petrolina, o Estado de Pernambuco e a União, visando a adoção de 8 medidas administrativas para a melhoria do atendimento no Hospital Dom Malan. BRASIL. STF. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Tribunal Pleno, DJ 17/03/2010

¹⁵¹ A análise a seguir empreendida tomou por base a sistematização realizada por Saulo Lindorfer Pivetta. PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental à Saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 226-232.

¹⁵² Lei Orgânica da Saúde, que estabelece a estrutura e o sistema operacional do SUS.

¹⁵³ Trata da participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Em relação às causas em que houve decisão administrativa motivada para negar o fornecimento da prestação, foram identificadas duas hipóteses principais: a.1) não concessão devido à existência de tratamento alternativo oferecido pelo SUS, de eficácia comprovada para o tratamento do caso; e a.2) não concessão devido à inexistência de tratamento específico fornecido pelo SUS.

Restou consignado que se existente tratamento alternativo fornecido pelo SUS, não deveria o Poder Judiciário, em regra, conceder prestação diversa daquela consolidada¹⁵⁴. Isso porque a adoção de tratamentos e medicamentos pelo sistema é precedida de análise científica e significa o seu referendo em termos de segurança em saúde pública. Além disso, eles apresentam a melhor relação custo-benefício, decorrente da necessidade de o Poder Público racionalizar a distribuição dos recursos existentes, a fim de fornecer a prestação ao maior número de cidadãos. Nada obstante, o fornecimento de um tratamento alternativo poderia ser exigido se comprovada em Juízo a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente¹⁵⁵.

Por outro lado, diante da inexistência de tratamento específico fornecido pelo SUS, deve-se verificar se a pretensão pleiteada envolve a.2.1) um tratamento experimental, cuja eficácia ainda não foi comprovada cientificamente, ou a.2.2) um tratamento novo, ainda não avaliado pelo SUS. No primeiro caso, não deveria o Poder Judiciário conceder a tutela, cabendo ao interessado se inscrever no respectivo projeto de pesquisa médica, o que se coaduna, inclusive, com a proteção devida pelo Estado ao indivíduo contra a própria saúde.

Nada obstante, existindo tratamento cientificamente chancelado, mas apenas não recepcionado pelo SUS, poderia ser concedida a tutela judicial, tendo em vista que a evolução do conhecimento médico-científico caminha a passos mais largos do que a burocracia estatal, não podendo se admitir que a demora na aprovação de novas indicações terapêuticas seja um

¹⁵⁴ Em pesquisa realizada sobre as demandas de saúde impetradas contra a Secretaria Municipal de São Paulo no ano de 2005, constatou-se que apenas 27% dos itens pleiteados não dispunham de alternativa terapêutica na Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (REMUME), que reúne os medicamentos dispensados pelo SUS sob a responsabilidade da secretaria. VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, p. 214-222, 2007.

¹⁵⁵ Esta ressalva é duramente criticada por Avelãs Nunes, porque autoriza o Poder Judiciário a avaliar a eficácia ou adequação de políticas de saúde, para o que, conforme o autor, não são os tribunais capacitados tecnicamente nem possuem legitimidade democrática. NUNES, Antônio José Avelãs. Os Tribunais e o Direito à Saúde. In: _____; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 50. No mesmo sentido, Fernando Scaff sustenta que “a *reserva do possível* limita este tipo de procedimento, pois não há *recursos públicos* para custeio desse ideal de saúde individual – infelizmente”. SCAFF, Fernando Facury. Direito à Saúde e os Tribunais. In: NUNES, Antônio José Avelãs; _____. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 127.

limite ao direito à saúde. Destacou o Ministro Gilmar Mendes, nesse caso, a imprescindibilidade de uma instrução processual ampla¹⁵⁶.

Por fim, reconheceu-se a existência de demandas obstadas pela vedação legal ao fornecimento da prestação, notadamente na hipótese descrita pelo art. 12 da Lei 6.360/1976¹⁵⁷, a qual dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos, dentre outros, os medicamentos, as drogas e os insumos farmacêuticos. Dessa forma, os produtos que não tenham sido registrados pela Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) não poderiam ser fornecidos à população pela Administração Pública, tendo em vista a não verificação da eficácia do produto e o risco consequente à saúde pública, bem como a imprescindibilidade da regulação econômica dos fármacos realizada pela Agência¹⁵⁸.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal consubstanciado no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 coaduna-se com o sustentado pela maior parte da doutrina sobre a prevalência e a autovinculação das políticas públicas sobre a Administração, existindo um correspondente direito subjetivo público às prestações nelas previstas. Nada obstante, a Corte não dirimiu completamente o problema, ao possibilitar a concessão de tratamentos alternativos às políticas implementadas pelo SUS.

Ainda assim, não se pode deixar de reconhecer na decisão comentada um importante avanço jurisprudencial no trato da matéria. No entanto, da análise de julgados posteriores do próprio Supremo Tribunal Federal, o que se infere é que muito pouco se incorporou dos parâmetros técnicos nela estabelecidos e das reflexões quanto aos custos dos direitos sociais.

Enquanto aguardam julgamento os recursos extraordinários sobre a matéria a que atribuída a repercussão geral¹⁵⁹, a decisão paradigmática proferida no bojo da Suspensão Tutela Antecipada 175 deveria ser compreendida como parâmetro para soluções análogas, ainda que proferida antes da vigência do novo Código de Processo Civil, porque aí já se reconhecia a eficácia persuasiva das interpretações do Supremo.

¹⁵⁶ Assim como na hipótese de fornecimento de tratamento alternativo e pelas mesmas razões, este parâmetro é criticado pela doutrina. Apesar disso, aliado ao argumento acerca da inexistência de indícios de “grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas”, o pleito foi indeferido com base neste critério, mantendo-se a tutela antecipada.

¹⁵⁷ Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde. (caput)

¹⁵⁸ Esse parâmetro evitaria decisões judiciais que, como verificado no Município de São Paulo no ano de 2005, comprometeram 75% do gasto total com a aquisição de medicamentos decorrente de ações judiciais. Dentre os medicamentos antineoplásicos, cujo fornecimento é realizado mediante atenção integral ao paciente na rede conveniada, 2 deles sequer estavam registrados no Brasil, conforme a pesquisa de VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, p. 214-222, 2007.

¹⁵⁹ Os Recursos Extraordinários 566.471 e 657.718, tratam, respectivamente, do dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave e do dever de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA.

Apesar disso, os custos envolvidos nas prestações e o tema da escassez de recursos continuaram a ser tratados como problemas de menor importância, “interesse financeiro e secundário do Estado”, como no julgamento do ARE 685.230 AgR/MS¹⁶⁰, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que o Estado do Mato Grosso do Sul contestava o provimento de recurso extraordinário interposto contra decisão do Tribunal de Justiça que manteve sentença denegatória do pedido de fornecimento de medicamento. No caso em comento, a ineficácia da alternativa de tratamento disponibilizada pelo Estado não foi comprovada.

Decisões semelhantes a esta, que deixaram de analisar os parâmetros estabelecidos no voto considerado “um divisor de águas nas decisões da Corte sobre a matéria”¹⁶¹ e reiteraram a menor importância da disponibilidade de recursos orçamentários quando da concessão de prestações de saúde, repetiram-se no julgamento, dentre outros, do RE 724.293 AgR/RS¹⁶², do RE 429.903/RJ¹⁶³, do ARE 801.676 AgR/PE¹⁶⁴ e do ARE 1.102.821 AgR/PI¹⁶⁵, mantendo-se, neste último caso, decisão do Tribunal de Justiça do Piauí que considerou “dispensável a realização de perícia médica” diante da existência de documentação comprobatória da gravidade da moléstia e consignou não poder ser o fornecimento de medicamentos pelo Estado obstaculizado por “mera formalidade administrativa, qual seja, a existência de lista de espera para atendimento”¹⁶⁶.

Oportuna também é análise da decisão do ARE 947.297 AgR/MG¹⁶⁷, em que, apesar de terem sido feitas ponderações sobre os parâmetros concessórios estabelecidos na Suspensão de Tutela Antecipada 175, como a prevalência de tratamento fornecido pelo SUS sobre opção diversa feita pelo paciente e a relevância de a prescrição do tratamento pleiteado

¹⁶⁰ BRASIL. STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 685.230 Agr/MS. Relator: Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 05/03/2013.

¹⁶¹ Idem. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Tribunal Pleno, DJ 17/03/2010, voto do Ministro Ayres Britto, p. 135.

¹⁶² Idem. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário: RE 724.293 AgR/RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJ 19/03/2013.

¹⁶³ Idem. Recurso Extraordinário: RE 429.903/RJ. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ 25/06/2014.

¹⁶⁴ Idem. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 801.676 AgR/PE. Relator: Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJ 19/08/2014.

¹⁶⁵ Idem. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 1.102.821 AgR/PI. Relator: Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 07/05/2018.

¹⁶⁶ Sobre esta compreensão dos tribunais, vale destacar a precisa observação de Avelãs Nunes: “Para que os serviços do SUS possam funcionar bem, possam ser bem geridos e possam proporcionar aos seus utentes serviços de qualidade, é imperioso que os seus responsáveis ao nível do Executivo elaborem e façam cumprir princípios de organização e regras de funcionamento, sem os quais seria o caos. Estes princípios e estas regras não podem, pois, ser tratados como coisa menor de autoridades administrativas que só causam embaraços”. NUNES, Antônio José Avelãs. Os Tribunais e o Direito à Saúde. In: _____; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 66.

¹⁶⁷ BRASIL. STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 947.297 AgR/MG. Relator: Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJ 29/11/2016.

ter sido realizada por profissional vinculado ao Sistema Único de Saúde, reafirmou-se a decisão do tribunal de justiça sobre “a impossibilidade de justificar a não concessão do tratamento em questões orçamentárias e burocráticas”.

Esses entendimentos, que denotam a inobservância dos parâmetros estabelecidos em julgado paradigmático pelo mesmo tribunal, não poderiam deixar de repercutir nas instâncias inferiores do Poder Judiciário. Como denotam os resultados da auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União no período de 2010 a 2015, mais de 53% dos gastos com demandas judiciais de saúde se concentraram em 3 medicamentos que não compõem a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), sendo que um deles sequer possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)¹⁶⁸, o que contraria frontalmente um dos critérios estipulados no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175.

4.2 POSSIBILIDADES E DIFICULDADES: *STARE DECISIS* E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Reconhecendo a contribuição da teoria dos precedentes para o atingimento dos ideais de estabilidade, previsibilidade, coerência, segurança e integridade da ordem jurídica, não se pode deixar de abordar os desafios a serem enfrentados pela Jurisdição Constitucional brasileira para a aplicação da doutrina do *stare decisis*, como demonstrado na análise anterior. Nesse sentido, a temática da saúde e da concessão de medicamentos deve ser considerada um dos casos difíceis que o Supremo Tribunal Federal vem enfrentando.

O que se verificou do estudo das razões de decidir formuladas pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 é que, na oportunidade, pretendeu-se, de forma inédita, estabelecer parâmetros para a concessão de prestações de saúde pela via judicial e os limites da interferência do Poder Judiciário em políticas públicas, a partir de um debate prévio sobre os aspectos relevantes suscitados pelos interessados sobre a temática por ocasião da audiência pública.

Ainda que na ocasião o Código de Processo Civil não tratasse expressamente sobre a força obrigatória dos precedentes, como bem assevera Daniel Mitidiero, esta vinculatividade não depende de uma manifestação específica do direito positivo, já que é consequência da

¹⁶⁸ BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>>. Acesso em: 03/09/2018.

atribuição de valor à interpretação e da consideração do ordenamento jurídico como um todo, submetido aos valores da liberdade, igualdade e segurança jurídica, que ganha unidade e legitimidade na medida em que as decisões judiciais obedeçam aos precedentes.¹⁶⁹ Ademais, conforme o autor, os precedentes proferidos pela Corte Suprema têm sempre efeito vinculante, uma vez que encarnam a interpretação da Constituição em que se consubstancia a própria norma.¹⁷⁰

Outrossim, do voto do Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pela unanimidade dos demais julgadores do órgão pleno, infere-se a intenção de se estabelecer parâmetros que servissem de fundamento para a regulação de casos futuros, e não apenas para a solução do caso sob julgamento, o que reforça sua finalidade precedental.

Não se pode deixar de mencionar que a decisão paradigma, no entanto, afastou-se dos ideais da doutrina de precedentes quando resultou de votos com fundamentos rigorosamente contraditórios. Isso porque, a despeito de não divergir da elaboração técnica do relator, o Ministro Celso de Mello não deixou de consignar seu entendimento acerca da menor importância dos custos dos direitos fundamentais, generalizando uma abstenção arbitrária do Poder Público e a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário¹⁷¹. Assim, ou esse fundamento deveria ter sido melhor discutido pelos demais ministros e assim poderia até mesmo se tornar voto concorrente¹⁷² ou deveria ter sido considerado *obiter dicta*.

Neste caso, como em tantos outros julgados pela Corte, a fundamentação individualizada de cada Ministro, tendo em vista, inclusive, a repercussão pública gerada pelas questões, acabou por formar uma decisão complexa, composta apenas pela soma dos votos favoráveis com motivos determinantes diversos, o que torna difícil a apreensão da

¹⁶⁹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 86.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 92. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas [livro eletrônico]: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. item 1.3, paginação irregular.

¹⁷¹ BRASIL. STF. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Tribunal Pleno, DJ 17.03.2010, voto do Ministro Celso de Mello, p. 107-133. O fundamento de Celso de Mello parece ter sido utilizado também pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto, no qual minimizada a importância de um “aspecto ligado ao Erário fiscalista”, diante da necessidade urgente de remédios. Ibidem, p. 137. Essa mesma observação é apontada por Fernando Scaff, para quem “esse singelo fato bem demonstra a dificuldade de parametrizar esse tipo de entendimento para todo o Poder Judiciário”. SCAFF, Fernando Facury. Direito à Saúde e os Tribunais. In: NUNES, Antônio José Avelãs; _____. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 127.

¹⁷² Aprofundando as distinções entre *obiter dictum*, voto concorrente e dissidente, ver MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit. item 2.3, paginação irregular. Sinteticamente, o voto concorrente, apesar de não causar dissidência, “não concorda com o fundamento majoritário, mas sempre a partir da sua preocupação de demonstrar que outro fundamento, melhor que o primeiro, permite alcançar o mesmo resultado.”

posição do Tribunal e, consequentemente, de sua *ratio decidendi*¹⁷³. Além de prejudicar a possibilidade de a Corte elaborar uma norma, o (des)provimento de um recurso com base em fundamentos contraditórios implica também em uma decisão do caso concreto destituída de lógica¹⁷⁴.

Cumpra esclarecer que a falta de unanimidade apenas tem relevância para uma Corte de Precedentes quando demonstra os motivos pelos quais a *ratio decidendi* ainda está aberta à discussão, descolando-se da ideia de divergência pessoal dos julgadores e servindo à necessidade de a Corte usar o dissenso para falar em nome da sociedade¹⁷⁵.

As decisões deveriam ser, na verdade, definidas a partir de um debate prévio entre os julgadores sobre os aspectos polêmicos do caso e sobre o fundamento que deve ser o motivo determinante da decisão, de modo que se permita a utilização da teoria do *stare decisis* para a garantia da estabilidade do sistema jurídico, a partir da construção de uma linha interpretativa a ser seguida pelas próximas decisões coerente com a história e a prática constitucionais.¹⁷⁶

Porém, o que salta aos olhos e que se espera ter demonstrado é a incipiente preocupação da Suprema Corte brasileira em dialogar com seus entendimentos passados, nem que para deles dissentir, e de permitir uma prospecção futura. Não há um período de adaptação, nem sequer um momento intermediário em que a corte sugere uma possível mudança de posicionamento. Pelo contrário, as mudanças ocorrem abruptamente e os entendimentos são oscilantes, sem grandes considerações com casos em andamento, paradigmas passados e a confiabilidade para o futuro¹⁷⁷.

Não se pode deixar de referir que a finalidade de outorga de interpretação prospectiva e unidade do direito das Cortes Supremas têm sido de certa forma obstaculizada pelos inúmeros casos concretos decididos pelas Cortes de Justiça que acabam tendo de conhecer para uniformizar a aplicação do direito. O STF deveria julgar questões constitucionais a partir de um amplo contexto formado apenas pela junção de alguns poucos recursos que fornecessem de forma completa fundamentos contrastantes para a solução das controvérsias. Dessa forma, todo e qualquer julgamento do Supremo “deve[ria] ser colhido como uma oportunidade para formação de precedentes ou para afirmação da autoridade de precedentes

¹⁷³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 267.

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas [livro eletrônico]: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. item 6.7, paginação irregular.

¹⁷⁵ Ibidem, item 2.3, paginação irregular.

¹⁷⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, op. cit. p. 268 e 271.

¹⁷⁷ PUGLIESE, William Soares. **A ratio da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade**. 2016. 311 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2016. p. 179.

indevidamente violados”¹⁷⁸.

De outro lado, cumpre consignar a ressalva de Marinoni, segundo a qual as Cortes Supremas também podem formular decisões plurais sem valor precedental. Ora, se não há fundamento amparado pela maioria ou unanimidade da Corte, não há motivo para não deixar a questão em aberto para a formação da oportuna *ratio decidendi*¹⁷⁹. O que se verifica da análise do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175, no entanto, é que, apesar de os fundamentos esboçados pelo relator terem sido acatados pela unanimidade dos demais julgadores (ou, ao menos, pela maioria deles), o entendimento não foi aplicado por julgados posteriores, aguardando-se o julgamento dos recursos extraordinários aos quais atribuída a repercussão geral.

Como aponta Conrado Hübner Mendes, o STF vive o “paradoxo das onze ilhas”, já que não há, salvo raras exceções, razões compartilhadas pela maioria dos ministros que possam ser generalizadas como argumentos do tribunal. Isso macula o propósito de uma corte colegiada, cujo resultado das decisões pretende ser melhor do que a soma das opiniões individuais, e fragiliza a proteção dos direitos fundamentais, “que permanece desguarnecida de uma casuística coerente das decisões do Supremo”¹⁸⁰. O aperfeiçoamento da deliberação colegiada do STF oportunizaria o reforço de sua legitimidade e minimizaria os efeitos da “jurisprudência lotérica” denominada por Cândido Dinamarco¹⁸¹.

Portanto, o grande desafio para a aplicação qualitativa de precedentes no sistema brasileiro parece ser mesmo a falta de unidade institucional e estabilidade decisória dentro dos próprios tribunais, sem as quais não há a consolidação de um entendimento das cortes de onde se possa extrair a *ratio decidendi* e os princípios fundamentadores sobre determinado tema, o que inviabiliza a formação de precedentes observáveis em casos futuros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, conclui-se que a saúde, como um direito constitucionalmente contemplado, imediatamente aplicável e exigível, não está, todavia, hermeticamente delineada

¹⁷⁸ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 79.

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas [livro eletrônico]: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. item 6.19, paginação irregular.

¹⁸⁰ MENDES, Conrado Hübner. Onze Ilhas. **Folha de São Paulo**, 01/02/2010.

¹⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 1123.

em seu conteúdo. Nesse sentido, os debates interpretativos acerca da definição das prestações materiais que estariam de fato incluídas na garantia constitucional desse direito chegam ao Poder Judiciário brasileiro na forma de demandas judiciais seriadas que o provocam a ponderar a solução mais adequada para os conflitos concretos, alargando, muitas das vezes, as hipóteses de sua intervenção direta e de seu controle sobre políticas públicas (ou sobre a falta delas).

Conforme se pretendeu demonstrar no presente trabalho, não há uma resposta certa, ou ao menos fácil, quanto aos limites da atuação jurisdicional na determinação à Administração Pública da concessão de medicamentos ou de tratamentos de saúde. A solução, todavia, certamente não se encontra nos extremos de um ativismo judicial exacerbado tampouco na omissão judicial a respeito, carecendo de mecanismos e foros mais adequados de discussão num revigoramento do sentido do princípio da separação dos Poderes como harmonização e mútua colaboração¹⁸².

Assim, o que deveria ser melhor debatido é a forma pela qual o Poder Judiciário pode atuar, por meio de seus órgãos e agentes, de maneira a minimizar os efeitos negativos suscitados pela litigância individual, através de um controle mais rigoroso quanto à necessidade da prestação pleiteada e quanto a demais critérios propiciadores de uma maior racionalidade e eficácia dos direitos sociais, dentre os quais aqueles parametrizados no julgamento do Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada 175 pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, novos dispositivos legislativos direcionam o ordenamento jurídico à doutrina dos precedentes, a exemplo do artigo 926 do CPC, que demanda dos operadores do direito a necessidade de se observar a coerência e a integridade do sistema. Mas a cultura jurídica brasileira ainda se mostra resistente a essa prática, ou ao menos parece engatinhar na apropriação do *stare decisis* e sua aplicação.

Apesar de o acórdão analisado ter reconhecido a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização da saúde no Brasil, definindo certos standards a balizar a capacidade de intervenção judicial para garantir o direito à saúde em decisões futuras tomadas caso a caso, o que se verificou do estudo dos julgamentos do próprio Supremo Tribunal Federal que se seguiram, no entanto, é que falta comprometimento com os princípios que serviram de fundamento para que se chegasse aos motivos determinantes da decisão semelhante anterior.

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 67, 2008. p. 146.

Ainda que seja no mínimo indesejável para um Estado Democrático dar decisões desiguais a casos semelhantes, parece ainda ser incipiente a reação a esta situação na prática jurisdicional brasileira. E, como uma agravante, quando o Supremo Tribunal Federal deixa de seguir suas próprias decisões, ao mesmo tempo em que descumpre com seu encargo de dar a última palavra a respeito do significado da Constituição, enfraquece o respeito à sua posição hierárquica institucional e à sua legitimidade democrática.

Contudo, por mais importante que tenha sido, a decisão estudada foi proferida antes do advento do novo Código de Processo Civil, o que, de certa forma, prejudica a análise da vinculação obrigatória de suas razões de decidir, as quais não passaram, na prática, de um sinal de modificação na atitude judicial. No entanto, a partir da premissa adotada no presente trabalho quanto aos caracteres materiais e qualitativos dos precedentes, os fundamentos dessa decisão deveriam ter sido observados no julgamento das causas posteriores, mesmo que de forma meramente persuasiva, em atenção aos compromissos do Estado de Direito.

Isso porque o respeito aos precedentes assume, para além de uma determinação legal, um princípio decisório em uma sociedade pautada pela coerência e integridade, refletidas no tratamento igualitário dos indivíduos. Essa compreensão desautoriza a mudança repentina de entendimento sem a devida fundamentação pelos tribunais, nem justificativas indiferentes às conquistas e construções históricas, plasmadas nas práticas judiciais e sociais.

Portanto, apesar de não se deixar de reconhecer que a leitura empreendida neste trabalho pode colher melhores frutos conforme o amadurecimento dos ideais trazidos pelo novo Código e sua aplicação posterior ao julgamento dos recursos extraordinários em matéria de saúde aos quais atribuída a repercussão geral, para além da determinação legislativa de vinculação obrigatória e de standardização do direito, imprescindível o maior estudo e crítica sobre sua efetiva e adequada aplicação.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. “O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**. Madrid, nº 13, p. 17-32, 2009.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 17 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. STF. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Tribunal Pleno, DJ 17.03.2010.

_____. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Tribunal Pleno, DJ 17.03.2010.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário: RE 271286 AgR. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 12/09/2000.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário: RE 724.293 AgR/RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJ 19.03.2013.

_____. Recurso Extraordinário: RE 429.903/RJ. Relator: Min. Ricardo Lewandoski, 1ª Turma, DJ 25.06.2014.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 685.230 Agr/MS. Relator: Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 05/03/2013.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 801.676 AgR/PE. Relator: Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJ 19.08.2014.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 1.102.821 AgR/PI. Relator: Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 07/05/2018.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 947.297 AgR/MG. Relator: Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJ 29/11/2016.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 04/05/2004.

_____. Medida Cautelar na Petição: PET 1246 SC. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 10/04/1997.

_____. Suspensão de Tutela Antecipada: STA 91. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Data de Julgamento: 05/03/2007.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde.** Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>>. Acesso em: 03/09/2018.

COLLUCCI, Cláudia; MACHADO, Uirá. **Ações por remédios caros favorecem ricos, diz estudo.** Folha de São Paulo, 24/07/2010.

COURTIS, Christian. Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Breve Exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno.** São Paulo: Malheiros, 1997.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **De quem é o SUS?** Folha de São Paulo, 20/12/2007.

GASTO é maior em 2009 que nos 6 anos anteriores. Folha de São Paulo, 24/07/2010.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária.** 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014.

HOFFMAN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. “A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz Barboza. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. **Revista Sequência**, nº 56, p. 151-176, jun. 2008.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005.** Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006.

LOPES, Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil volume 1.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo.** vol. 172, p. 175-232, jun. 2009.

_____. **Julgamento nas cortes supremas [livro eletrônico]: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. Onze Ilhas. **Folha de São Paulo**, 01/02/2010.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**. ano 2015, vol. 245, p. 333-349, jul. 2015.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. **Revista de Processo**. ano 36, vol. 199, p. 41-82, set. 2011.

NUNES, António José Avelãs. O poder judiciário, a constituição e os direitos fundamentais. In: Congresso Nacional dos Procuradores de Estado. XXXVIII. 2012, Foz do Iguaçu. **Revista Eletrônica do IBPI**, nº 7, p. 7-60, [201?].

NUNES, Antônio José Avelãs. Os Tribunais e o Direito à Saúde. In: _____; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental à Saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PUGLIESE, William Soares. **A ratio da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade**. 2016. 311 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2016.

RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre common law e civil law – reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. **Revista de Processo**. ano 36, vol. 199, p. 159-191, set. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, set/out/nov, 2007.

_____. Direitos Fundamentais e Processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. **Revista de Processo**, vol. 199/2011, p. 13-40, set/2011.

_____. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?** Belo Horizonte, p. 163-206, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 67, p. 125-172, 2008.

_____. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. “A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos-Jurídicos”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. Direito à Saúde e os Tribunais. In: NUNES, Antônio José Avelãs; _____. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros”. In: _____; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**. ano 2011, vol. 199, p. 139-155, set. 2011.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM, Provedoria dos Direitos Humanos e Justiça. **Comentário Geral nº 14**. In: Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos. Timor-Leste, 2009. 1. ed.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, p. 214-222, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**. vol. 172, p. 121-152, jun. 2000.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**. São Paulo, nº 8, p. 539-568, jul-dez, 2008.